

Om

7  
a639009

TD  
622

MARÍA DE SANDE PÉREZ-BEDMAR

EMPLEO Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN LA  
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA MADRID  
REGISTRO GENERAL  
Entrete 01 Rº 2004-00019531  
15/06/04 13:55:55

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

2004

130 AGO 2004

R.D. 134-332

UNIVERSIDAD  
AUTÓNOMA DE  
MADRID  
F. DE DERECHO  
BIBLIOTECA

Tesis que se presenta para la obtención  
del grado de Doctor y que ha sido dirigida  
por el Profesor Dr. D. Gabriel García  
Becedas, Catedrático de Derecho del  
Trabajo y de la Seguridad Social

# ÍNDICE

|                                  |                 |
|----------------------------------|-----------------|
| <b><u>INTRODUCCIÓN</u></b> ..... | <b><u>I</u></b> |
|----------------------------------|-----------------|

|   |                 |
|---|-----------------|
| <b><u>CAPITULO I: LA CONFIGURACIÓN DEL MODELO DE EMPLEO PÚBLICO</u></b> ..... | <b><u>1</u></b> |
|---|-----------------|

|  |    |
|--|----|
| 1. LOS ANTECEDENTES DEL EMPLEO PÚBLICO EN ESPAÑA: ENTRE LA VENTA DE OFICIOS Y LAS PRERROGATIVAS CORPORATIVISTAS.....   | 1  |
| 2. LA CONFIGURACIÓN DEL PARADIGMA DEL EMPLEO PÚBLICO: LA PUESTA EN ESCENA DE SUS ELEMENTOS INTEGRADORES.....   | 6  |
| 2.1. La inamovilidad como elemento germinal del empleado público.....  | 6  |
| 2.2. Primeros intentos de racionalización del empleo público: inspiración liberal y legislación absolutista.....   | 10 |
| 2.3. La distinción entre “subalternos” y las restantes “categorías” .....  | 15 |
| 2.4. La lucha contra el favoritismo desde los principios de mérito y capacidad.....  | 21 |
| 2.5. La cristalización del proceso.....  | 25 |
| 2.6. La andadura del sistema al compás de los cambios de régimen político.....   | 30 |
| 3. LA TÍMIDA APARICIÓN DE UN SISTEMA DE EMPLEO .....   | 37 |
| 3.1. El mérito y la capacidad .....  | 38 |
| 3.2. La carrera profesional como elemento nuclear del modelo.....  | 42 |
| 3.3. La multiregulación de la prestación de servicios para la Administración Pública.....  | 46 |
| 4. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y EL EMPLEO PÚBLICO: LA REVISIÓN DEL MODELO.....   | 53 |
| 4.1. Consagración de una función pública profesional.....  | 55 |
| 4.2. Reserva de ley y régimen estatutario: a vueltas con el modelo de función pública.....   | 61 |
| 4.3. El reconocimiento constitucional de los derechos colectivos en el empleo público.....   | 69 |
| 4.3.1 <i>Virtualidad de la autonomía organizativa en el ámbito público</i> .....   | 71 |
| 4.3.2 <i>Las derivaciones aplicativas del reconocimiento de la libertad sindical de los funcionarios públicos. Cauces para la negociación colectiva en el empleo público</i> ..... | 79 |
| a) Fundamento constitucional de la negociación colectiva en la función pública. La evolución de un imposible.....  | 79 |
| b) El parangón de la negociación colectiva laboral.....  | 86 |

|  |     |
|--|-----|
| c) El poder de autorregulación: La, nada pacífica, cuestión de la negociación colectiva de los funcionarios públicos .....         | 91  |
| 4.3.3 <i>El ejercicio del derecho de huelga en la Administración.</i> .....  | 104 |
| 4.4. El impacto constitucional sobre el modelo de empleo público: eficacia a costa de igualdad o igualdad a costa de eficacia..... | 106 |
| 5. MODERNIZACIÓN Y REFORMA DEL EMPLEO PÚBLICO.....   | 109 |
| 5.1. La regulación del puesto de trabajo y su influencia sobre la configuración de la prestación de servicios .....                | 111 |
| 5.2. La expansión del régimen laboral como forma de prestación de servicios .....  | 113 |
| 5.3. Efectos de la “laboralización”: los procesos de “funcionarización” ....   | 116 |
| 5.4. La importancia de la regulación de los sistemas de acceso del personal .....  | 118 |
| 6. DUALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO: LOS VAIVENES DEL MODELO .....  | 122 |
| 6.1. Intervenciones parciales para satisfacer necesidades cambiantes   | 122 |
| 6.2. El proceso de acercamiento material entre dos regímenes jurídicos diferentes .....  | 125 |
| 6.3. El frustrado proyecto de Estatuto: insuficiencias y retrocesos.....   | 127 |
| 6.3.1 <i>Opción por el mantenimiento de la dualidad</i> .....  | 130 |
| 6.3.2 <i>Reutilización de la idea de Cuerpo</i> .....  | 132 |
| 6.3.3 <i>Consolidación de un modelo especial de relaciones colectivas en el empleo público</i> .....                               | 134 |
| 6.4. La negociación colectiva y el acercamiento entre los regímenes de empleo público .....  | 137 |

## **CAPÍTULO II: ELEMENTOS VERTEBRADORES DEL EMPLEO PÚBLICO..... 145**

|  |     |
|--|-----|
| 1. LA CRISIS DEL PLANTEAMIENTO CLÁSICO DEL EMPLEO PÚBLICO .....  | 145 |
| 2. LA IDEA DE EFICACIA COMO PRESUPUESTO DE ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS.....   | 150 |
| 2.1. El renovado interés por una gestión eficiente de los recursos públicos.....   | 152 |
| 2.2. La eficacia jurídica del principio de eficacia .....  | 154 |
| 2.3. El principio de eficacia y su proyección sobre el empleo público .  | 157 |
| 2.4. Otro significado de la eficacia en la gestión del personal.....   | 162 |
| 3. EXPRESIONES DE LA BÚSQUEDA DE EFICACIA EN EL EMPLEO PÚBLICO   | 166 |
| 3.1. El recurso a la contratación de personal laboral .....  | 171 |
| 3.1.1 <i>La dualidad de regímenes jurídicos y sus problemas</i> .....  | 172 |
| 3.1.2 <i>La utilidad del concepto comunitario de “empleo en la Administración Pública” para la solución de los problemas derivados de la</i> |     |



|  |            |
|--|------------|
| <i>dualidad en el empleo público</i> .....   | 176        |
| a) La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea .....  | 180        |
| b) La adaptación de la legislación española. ....  | 187        |
| c) La proyección de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre nuestro empleo público: el concepto más reducido de autoridad | 192        |
| 3.1.3 <i>Conclusión: función pública y empleo público</i> .....  | 194        |
| <b>3.2. Un planteamiento estratégico en la planificación de los recursos humanos en el empleo público</b> .....  | <b>200</b> |
| 3.2.1 <i>La planificación y los instrumentos de gestión del personal</i> .....   | 202        |
| a) La Oferta de Empleo Público como expresión formal de la política de personal. ....  | 206        |
| b) Los Planes de Empleo como mecanismo potencial para una efectiva política de personal. ....  | 210        |
| c) Las Relaciones de Puestos de Trabajo como instrumentos para la flexibilidad que aportan rigidez .....   | 218        |
| 3.2.2 <i>Conclusión: luces y sombras de la planificación pública</i> .....   | 226        |
| <b>3.3. Los procesos de privatización y sus ámbitos</b> .....  | <b>229</b> |
| 3.3.1 <i>El contexto</i> .....   | 229        |
| 3.3.2 <i>Sometimiento al derecho del trabajo de parcelas de funciones públicas</i> .....   | 235        |
| 3.3.3 <i>Problemas de la descentralización productiva en el empleo público</i> .....   | 242        |
| a) Sucesión de empresa y contrata de obra o servicio: dos caras de una misma realidad .....  | 243        |
| b) Contratas y cesión ilegal de trabajadores .....   | 250        |
| c) El recurso a las Empresas de Trabajo Temporal .....   | 255        |
| 3.3.4 <i>Conclusión: matizaciones acerca de los procesos de privatización</i>  | 262        |

### **CAPITULO III: CONTRATACIÓN LABORAL Y EMPLEO PÚBLICO. LA ARTICULACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO..... 265**

|  |            |
|--|------------|
| <b>1. EL CONTEXTO PÚBLICO Y LA MIXTIFICACIÓN DE RÉGIMENES</b> .....  | <b>265</b> |
| <b>2. LA FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL EMPLEO PÚBLICO</b> .....  | <b>268</b> |
| <b>2.1. El ámbito del empleo público: incidencia de la organización administrativa y de la distribución competencial</b> ..... | <b>268</b> |
| <b>2.2. El escaso margen para la autonomía en el proceso de contratación.</b>  | <b>278</b> |
| <b>2.3. El espacio del contrato de trabajo en las leyes de la Función Pública.</b>   | <b>282</b> |
| 2.3.1 <i>Evolución legislativa y tendencias</i> .....  | 282        |
| 2.3.2 <i>La concertación del contrato de trabajo fuera de las previsiones del artículo 15.1 c) de la Ley 30/1984.</i> .....    | 288        |

|       |   |     |
|-------|---|-----|
| 2.3.3 | <i>Las potestades autoorganizativas del empleador público y la delimitación de fronteras entre la competencia jurisdiccional contencioso administrativa y la laboral.</i> | 290 |
| 3.    | <b>PUNTOS CRÍTICOS EN EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO</b>   | 299 |
| 3.1.  | <b>El útil pero conflictivo papel desempeñado por las llamadas “bolsas de empleo” en el acceso al empleo público</b>  | 300 |
| 3.2.  | <b>La alegación de nulidad del contrato: ¿una nueva vía?</b>  | 306 |
| 4.    | <b>DIFERENTES FORMAS DE PRESTACIÓN TEMPORAL DE SERVICIOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.</b>  | 313 |
| 4.1.  | <b>Los procesos de funcionarización y de estabilización del personal: La permanencia de unas medidas excepcionales.</b>   | 313 |
| 4.2.  | <b>Las “ventajas” de recurrir a la contratación administrativa</b>  | 323 |
| 4.3.  | <b>La figura de los funcionarios interinos y su relación con la contratación temporal.</b>  | 335 |
| 4.3.1 | <i>Punto de partida: el uso distorsionado de la facultad de nombramiento de funcionarios interinos. Problemas de competencia jurisdiccional.</i>                          | 336 |
| 4.3.2 | <i>Punto de llegada: La nueva definición legal y la mayor especificación de los supuestos de cese. Insuficiencias</i>   | 346 |
| 4.4.  | <b>Dualidad y precariedad en el empleo público.</b>   | 351 |
| 5.    | <b>LA CONTRATACIÓN LABORAL TEMPORAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA</b>  | 353 |
| 5.1.  | <b>Consideraciones previas: de nuevo sobre la problemática aplicación de la norma laboral en el ámbito del empleo público</b>   | 353 |
| 5.2.  | <b>La dualidad de regímenes jurídicos del personal al servicio de la Administración como elemento potenciador de los problemas de la contratación temporal irregular</b>  | 355 |
| 5.3.  | <b>La paulatina construcción de una doctrina por el Tribunal Supremo</b>  | 359 |
| 5.3.1 | <i>La prevalencia del interés público para negar la conversión de los contratos temporales en indefinidos</i>   | 361 |
| 5.3.2 | <i>Los límites temporales al mantenimiento de la relación laboral: la cobertura reglamentaria del puesto de trabajo</i>   | 362 |
| 5.3.3 | <i>La sujeción de la Administración Pública empleadora a la normativa laboral</i>   | 363 |
| 5.3.4 | <i>La fijeza en la plantilla como condición ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario</i>   | 365 |
| 5.3.5 | <i>La cobertura reglamentaria de la plaza ocupada como causa lícita de extinción del contrato</i>   | 369 |
| 5.4.  | <b>La cobertura reglamentaria de la plaza y la extinción del contrato: los límites de la interinidad por vacante</b>  | 375 |
| 5.5.  | <b>La diferencia entre trabajadores indefinidos y trabajadores fijos de plantilla en la Administración Pública</b>  | 378 |

|      |   |     |
|------|---|-----|
| 5.6. | La extinción del contrato indefinido no fijo de plantilla .....   | 381 |
| 5.7. | Un último paso: la condición resolutoria consignada en el contrato como causa de extinción del contrato de trabajo de un trabajador indefinido no fijo de plantilla ..... | 386 |

## **CAPITULO IV: LA GESTIÓN DE LA FUERZA DE TRABAJO EN EL EMPLEO PÚBLICO ..... 393**

### **1. LA ORGANIZACIÓN Y LA CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS. LA MOVILIDAD COMO ALTERNATIVA .....393**

|       |   |     |
|-------|---|-----|
| 1.1.  | La lógica de la flexibilidad como denominador común. ....   | 394 |
| 1.2.  | La potestad de organización administrativa y su incidencia sobre la clasificación de los empleados públicos. ....   | 399 |
| 1.3.  | Clasificación de los trabajadores al servicio de la Administración. La conciliación de la lógica laboral con la noción de puesto de trabajo. ..   | 402 |
| 1.3.1 | <i>El sistema de clasificación profesional del Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado. Un paso adelante en pos de una mayor flexibilidad. ....</i> | 402 |
| 1.3.2 | <i>La clasificación profesional incorrecta en la Administración Pública: antiguos problemas. ....</i>   | 409 |
| 1.4.  | Clasificación de los funcionarios al servicio de la Administración: La conciliación del sistema de carrera y del sistema de empleo.....   | 415 |
| 1.4.1 | <i>El sistema de clasificación en la función pública. ....</i>  | 415 |
| 1.4.2 | <i>La carrera administrativa.....</i>   | 419 |
| 1.5.  | La movilidad de los empleados públicos como principal mecanismo de flexibilidad en este ámbito.....   | 422 |
| 1.5.1 | <i>La evolución en paralelo de dos regulaciones distintas: Entre el garantismo y la planificación de los recursos humanos. ....</i>   | 422 |
| a)    | La movilidad del personal laboral en el Convenio Colectivo Único.....   | 423 |
| b)    | Mecanismos de movilidad en la Función Pública .....   | 431 |
| c)    | Correspondencias entre los mecanismos de movilidad de funcionarios y laborales .....  | 434 |
| 1.5.2 | <i>Movilidad-inamovilidad de los empleados públicos y reformulación del derecho al cargo. ....</i>  | 437 |

### **2. LA DIMENSIÓN PÚBLICA EN EL TRATAMIENTO DEL TIEMPO DE TRABAJO EN LA ADMINISTRACIÓN.....442**

|       |   |     |
|-------|---|-----|
| 2.1.  | La proyección sobre la regulación de la jornada de las especialidades que presenta el empleo público. ....  | 442 |
| 2.2.  | Resistencias a la distribución irregular de la jornada del personal y otras materias conexas en el Convenio Colectivo Único para el personal laboral al servicio de la Administración General del Estado..... | 445 |
| 2.2.1 | <i>Esquema regulador de la jornada en el Convenio Colectivo Único y sus variantes .....</i>   | 445 |
| 2.2.2 | <i>El papel del calendario laboral en el contexto de la organización</i>  |     |

|   |            |
|---|------------|
| <i>administrativa. Negociación descentralizada de la jornada.....</i>   | <i>448</i> |
| 2.2.3 <i>La regulación de otras materias conexas.....</i>   | <i>450</i> |
| <b>2.3. La regulación del tiempo de trabajo en el Derecho de la Función Pública .....</b>   | <b>452</b> |
| 2.3.1 <i>Tópicos en la regulación de la jornada de los funcionarios públicos....</i>  | <i>452</i> |
| 2.3.2 <i>Tiempo de trabajo, potestades organizativas y atención al público.....</i>   | <i>456</i> |
| <b>2.4. La dimensión personal de la regulación del tiempo de trabajo.....</b>   | <b>460</b> |
| 2.4.1 <i>La conciliación de la vida familiar y laboral de los empleados públicos.....</i>   | <i>460</i> |
| 2.4.2 <i>El tratamiento equivalente en el empleo público de los permisos, licencias y reducciones de jornada de los funcionarios y los trabajadores al servicio de la Administración.....</i> | <i>463</i> |
| <b>3. EL EMPLEO PÚBLICO COMO EMPLEO SEGURO: ADMINISTRACIÓN Y PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES.....</b>   | <b>468</b> |
| 3.1. <b>La ambivalencia de las políticas de mejora de las condiciones de trabajo de los empleados públicos.....</b>   | <b>468</b> |
| 3.2. <b>La relativa desprotección frente al acoso moral como riesgo profesional: recepción y respuesta en el empleo público.....</b>  | <b>471</b> |
| 3.3. <b>La Administración Pública como ámbito específico de aplicación de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales.....</b>   | <b>480</b> |
| 3.4. <b>La adaptación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales a la Administración General del Estado.....</b>  | <b>484</b> |
| 3.5. <b>Participación y Representación en materia de prevención de riesgos laborales en el empleo público.....</b>  | <b>488</b> |
| 3.5.1 <i>Los Delegados de Prevención en las Administraciones Públicas. ..</i>   | <i>489</i> |
| 3.5.2 <i>El Comité de Seguridad y Salud en las Administraciones Públicas.....</i>   | <i>491</i> |
| 3.6. <b>La organización y la gestión de la prevención de riesgos en las administraciones públicas.....</b>  | <b>492</b> |
| 3.6.1 <i>Los Servicios de Prevención en las Administraciones Públicas.....</i>  | <i>492</i> |
| 3.6.2 <i>Funciones o niveles de cualificación y coordinación de actividades empresariales.....</i>  | <i>494</i> |
| 3.7. <b>La “levedad” de las responsabilidades de la Administración por los incumplimientos de la normativa de prevención.....</b>   | <b>496</b> |
| <b>4. APERTURA Y RENOVACIÓN DE LOS SISTEMAS RETRIBUTIVOS EN EL EMPLEO PÚBLICO: LA VALORACIÓN DE LOS RESULTADOS.....</b>   | <b>498</b> |
| 4.1. <b>Peculiaridades del sistema retributivo de los empleados públicos.....</b>   | <b>498</b> |
| 4.2. <b>Administración Pública y diferencias salariales .....</b>   | <b>505</b> |
| 4.2.1 <i>La mayor intensidad del principio de igualdad en el empleo público ...</i>   | <i>505</i> |
| 4.2.2 <i>Diferencias retributivas entre trabajadores y funcionarios al servicio de la Administración.....</i>   | <i>507</i> |
| 4.2.3 <i>Las diferencias salariales/retributivas de los empleados temporales....</i>  | <i>513</i> |

|       |   |     |
|-------|---|-----|
| 4.3.  | La unificación del sistema retributivo del personal laboral de la Administración General del Estado en el Convenio Colectivo Único..... | 516 |
| 4.4.  | La influencia del Cuerpo y del Puesto de Trabajo en la regulación de las retribuciones de los funcionarios públicos. ....               | 523 |
| 4.5.  | Tendencias y retos del sistema retributivo del empleo público.....  | 536 |
| 5.    | LA EXTINCIÓN DE LAS RELACIONES DE EMPLEO PÚBLICO: EN BUSCA DE UNA FLEXIBILIDAD DE SALIDA .....  | 540 |
| 5.1.  | Las facultades disciplinarias de la organización pública como causa de extinción. ....  | 540 |
| 5.1.1 | <i>La naturaleza pública de la organización como condicionante del procedimiento para la imposición de sanciones .....</i>              | 542 |
| a)    | El expediente disciplinario en el Convenio Colectivo Único como garantía de objetividad en el empleo público. ....                      | 544 |
| b)    | La mayor influencia del interés general en el régimen disciplinario de los funcionarios públicos. ....                                  | 547 |
| 5.1.2 | <i>El despido disciplinario de los trabajadores al servicio de la Administración Pública .....</i>                                      | 551 |
| 5.2.  | Las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en la extinción de la relación de empleo público. ....                   | 553 |
| 5.2.1 | <i>La progresiva consideración de las causas "empresariales" en la extinción de la relación de empleo público. ....</i>                 | 553 |
| 5.2.2 | <i>Admisibilidad del despido objetivo efectuado por la Administración Pública.....</i>  | 559 |
| 5.3.  | El papel del Plan de Empleo en la extinción de las relaciones de empleo público. ....   | 563 |
| 6.    | HACIA LA REGULACIÓN DE UN "ESTATUTO DEL EMPLEADO PÚBLICO" ... ..  | 565 |

|                                  |                   |
|----------------------------------|-------------------|
| <b><u>CONCLUSIONES</u></b> ..... | <b><u>577</u></b> |
|----------------------------------|-------------------|

|                                  |                   |
|----------------------------------|-------------------|
| <b><u>BIBLIOGRAFÍA</u></b> ..... | <b><u>593</u></b> |
|----------------------------------|-------------------|

## INTRODUCCIÓN

Hablar de Administración es hablar, en cierto modo, de un modelo de sociedad. Cualquier organización pública es un reflejo de la realidad en la que se inserta, y la concreta disposición de sus recursos, tanto materiales como humanos, es el instrumento por medio del cual actúa. Tal como afirman quienes se han ocupado de ello, el nacimiento del Estado y de la burocracia occidental son correlativos. La organización pública, o su mayor o menor extensión dependiendo de la naturaleza de la acción del Estado, determinará, sin duda, distintos modelos, pero aunque se hayan configurado a lo largo de la historia diferentes regímenes políticos y se persigan objetivos diversos, el Estado siempre ha dispuesto de un armazón burocrático mínimo sin el cuál sus metas básicas serían sencillamente inalcanzables.

Existe, al mismo tiempo, una dirección inversa en la interacción descrita, es decir, también la Administración ejerce un influjo cierto sobre el medio al que pertenece, de modo que en el binomio Administración-Sociedad se pueden apreciar recíprocas influencias. La proyección de las ideas de “reforma” o de “modernización” sobre la Administración Pública, más allá de su apariencia coyuntural, desvelan un propósito que ha permanecido en el tiempo y que acaso perdure indefinidamente. Ello muestra cómo el funcionamiento de las estructuras públicas se viene cuestionando desde antiguo, sin alcanzar a satisfacer enteramente las demandas o las expectativas existentes en cada momento. Esta constante necesidad de reformar o de modernizar no debería verse sólo bajo el prisma de sus posibles implicaciones negativas sino que también resulta comprensible y es sintomática de la interdependencia antes mencionada.

En todo caso, el replanteamiento y la visión crítica ejercida sobre las organizaciones públicas es un hecho positivo. Desde una perspectiva histórica, la Administración representa hoy el resultado de la acción que sobre ella han ejercido estos factores, entre otros. Ha sido el espejo en el que se han mirado y reflejado diferentes concepciones del Estado y de la sociedad española y, al propio tiempo, ha

querido ser, consiguiéndolo sólo en parte, impulsora de cambio y renovación. Con todo, lo que no resulta justificable tras años de desarrollo postconstitucional, es la ausencia de un modelo claro y de alcance general, aplicable al personal y a la organización del personal que hace actuar el complejo mecanismo de la Administración. Ello evidencia que, al menos en el concreto aspecto de los recursos humanos en el ámbito público, no todo se cifra en lo que se "debe hacer" sino en lo que "puede hacerse".

Resulta incuestionable el valor estratégico que tiene la ordenación del personal que presta servicios en la Administración, para la efectiva consecución de los fines que ésta persigue. Continuando en esta lógica de mutuas influencias, el modelo de relaciones productivas en el empleo público acusa los influjos del exterior, de la sociedad, y simultáneamente arrastra inercias acumuladas en años de desarrollo. Ello no representaría nada extraordinario si no fuera por la circunstancia, anteriormente mencionada, de la inexistencia de un marco consensuado en el que situar al personal al servicio de "lo público".

La directa vinculación existente entre el funcionamiento del empleo público y el funcionamiento de las administraciones puede constituir, en efecto, un factor de modernización y competitividad en el futuro, de modo que no será baldío ningún esfuerzo dirigido en esta dirección. Ciertamente, desde muy diferentes perspectivas y ramas del ordenamiento jurídico se trabaja desde hace años sobre la Administración Pública, sobre su actuación como empleadora, e incluso sobre la organización y la planificación de los recursos humanos en el ámbito público.

La doctrina laboralista, pionera en el estudio de las relaciones laborales dentro de la Administración, ha abordado la materia en sus dos vertientes principales. La dimensión colectiva ha sido la primeramente estudiada debido, sin duda, al impacto constitucional, esto es, a la trascendencia que reviste la recepción de los derechos colectivos en la Función Pública. El reconocimiento y la plena vigencia de los

derechos de participación, representación y negociación, constituye el telón de fondo sobre el que se han articulado las relaciones productivas en este ámbito. En su diseño y análisis, la contribución de la doctrina laboralista ha sido esencial.

Por su parte, la vertiente individual de las relaciones laborales en el empleo público, que al principio había quedado en penumbra debido a la necesidad de construir un modelo de relaciones colectivas, pasó pronto a compartir un mismo plano de interés. Así, efectivamente, la doctrina laboralista ha estudiado los aspectos más sobresalientes de la relación individual de trabajo con la Administración, tales como la contratación temporal, las cuestiones relativas al acceso o a la selección de personal y los problemas derivados de estos procesos que se encuentran a caballo entre el ordenamiento administrativo y la normativa jurídico-laboral y en los que la construcción jurisprudencial ha tenido, y tiene, un papel muy activo. En estos terrenos se han producido aportaciones de extraordinaria calidad que han contribuido a la claridad y al progreso de un debate inconcluso.

La doctrina administrativista, por su parte, ha prestado desde el inicio un interés constante por todas las cuestiones relativas a los derechos colectivos de los funcionarios públicos. Se ha ocupado también, largamente, de los problemas que se generan con la entrada de personal laboral en las dependencias públicas. Y al hacerlo, ha enriquecido el debate planteado desde la perspectiva jurídico-laboral, introduciendo consideraciones propias del Derecho de la Función Pública, una normativa en la que el vínculo estatutario es preponderante. Sobre esta materia hoy en día existe un renovado interés dada la actualidad y las incertidumbres que rodean muchos de los aspectos relativos al funcionamiento del empleo público. El énfasis puesto sobre la organización administrativa ha suscitado abundantes reflexiones y discusiones acerca de cuestiones relacionadas con la importación de técnicas privadas de gestión. Este es un territorio que desborda los contornos de las materias de personal y que nos sitúa ante un debate más amplio en el que la pregunta genérica es por cuál ha de ser el modelo de Administración Pública.



El enfoque metodológico de este trabajo parte de la consideración de la complementariedad y de la integración científica de las disciplinas laboralista y administrativista en materia de empleo público. De este modo, las páginas que siguen abordan esta materia con el propósito de contribuir a un tratamiento más homogéneo de las prestaciones de servicios para la Administración Pública que presentan una realidad muy diversa en cuanto a los colectivos implicados, en cuanto a la normativa aplicable y en cuanto al propio ámbito objetivo de aplicación de las normas. En este sentido, se quiere recuperar el término Empleo Público con la voluntad de que sirva para aludir a un concepto unitario y comprensivo de toda esta realidad.

Ello obliga a detenerse y a observar la cuestión desde el entendimiento de dos premisas que actúan como presupuesto de partida. La primera hace referencia a los ámbitos públicos en los que, con independencia de los fines perseguidos, se dan relaciones productivas. Y la segunda se apoya en el convencimiento de que es posible atender a estas relaciones con independencia de la diferenciada naturaleza jurídica de las mismas y haciendo abstracción de los problemas y disfunciones que dicha diferencia provoca. Ello no significa, empero, dejar de analizar los regímenes jurídicos, lo que además es imposible si se quiere profundizar en esta cuestión. Pero en orden a la vertebración del modelo es beneficioso el estudio de las relaciones productivas en la Administración Pública con una pretensión integradora de todos los colectivos presentes en ella y eso sólo puede hacerse centrando la atención en el ámbito y en las relaciones que en el mismo se producen.

Son muchos los intereses y las expectativas que están en juego. Se trata de identificar y promocionar un determinado modelo de relaciones productivas en el ámbito público, que, siendo fiel a lo que de positivo ha recibido en su desarrollo y evolución, no se mantenga de espaldas a una realidad acuciante que demanda de las organizaciones públicas un esfuerzo para responder con eficacia y acierto a los retos

de gestión del personal porque de ello depende la profesionalidad, la independencia y la competitividad de la Administración. Ciertamente, no cabe olvidar que la intervención pública en la sociedad no está muy bien considerada. Son muchas las voces que reclaman o certifican el retroceso de la presencia del Estado en áreas en las que se había ganado una posición y un papel activo que constituía uno de los mejores logros de nuestro desarrollo. La atmósfera generada, sin duda, invita al desaliento y fomenta la decadencia, pero posiblemente se trata de una visión interesada. Podrá discutirse, en todo caso, *cómo* se actúa o en *qué* se interviene, pero hoy, como siempre, la prestación de servicios de titularidad pública resulta indispensable como garantía del Estado social.

Y es ahí donde encuentra vigencia e importancia renovadas el factor humano con el que cuentan las organizaciones públicas. No es posible que en un contexto de nuevas formas de organización del trabajo, de continuas y aceleradas transformaciones que exigen personal capacitado y autónomo, y que, en definitiva, demandan actuaciones profesionales, se pretenda continuar con una política de personal anclada en discusiones sobre modelos que, dicho sea con todo el respeto, acaban convirtiéndose en construcciones teóricas alejadas de la realidad. Las administraciones públicas están necesitadas de un patrón de organización del personal que asegure esa profesionalización, responsabilidad e independencia y que, al mismo tiempo, sea garantía de gestión eficaz y eficiente. Y ello obliga a la conciliación de lo mejor de cada una de las lógicas presentes en este ámbito.

La tutela y el servicio al interés público exige rigor en los controles y en el procedimiento para asegurar la vigencia plena del principio de igualdad y la interdicción de la arbitrariedad. El principio de mérito y capacidad no sólo no ha perdido ni un ápice de importancia a estos efectos, sino que debería verse reforzado para cumplir adecuadamente su papel vertebrador en el acceso al servicio público. Lo que define a los empleados públicos y los singulariza frente a otros es el modo de acceso, y en torno a él se desarrolla el resto de contenidos de las relaciones

productivas en este ámbito. Por su parte, lo que aporta el Derecho del Trabajo a las relaciones de empleo público se inscribe en la lógica de la flexibilidad, de la adaptación, del refuerzo de las capacidades organizativas y empuja a la realización de planteamientos estratégicos sobre los recursos humanos.

No se encontrará en las páginas que siguen desdén hacia los argumentos que sostienen la excepción a la aplicación de ciertas normas laborales en el empleo público. Antes bien, la necesaria vigencia de los principios de mérito y capacidad, de objetividad y salvaguarda del interés público son, como ya se vio, elementos consustanciales al modelo. No obstante, las objeciones giran en torno a la idea de equilibrio y apuestan por la integración y la convivencia de las normativas en conflicto. Sobre todo ello es posible avanzar si, como se ponía de manifiesto al principio, se atiende al ámbito público desde una perspectiva unitaria que, sin desconocer las diferencias, se centre más en las similitudes y los propósitos comunes para insertarlos todos en una misma lógica pública de gestión del personal.

En el inicio se destacaba cómo la Administración es un reflejo de la sociedad y, al tiempo, un espejo para la misma. A mi juicio, el debate dogmático sobre el modelo organizativo del que la Administración pública ha de dotarse, un debate, por lo demás complejo, nominal y alejado del interés inmediato de la sociedad en su conjunto, muestra síntomas de caducidad; es por ello por lo que estimo que estamos más bien emplazados a determinar de qué manera se da cumplimiento efectivo a los fines de servicio público y a la gestión racional y eficiente de los recursos disponibles, más que a una discusión sobre términos y categorías. Es urgente insistir en que estos objetivos han de ser los que impriman carácter a la regulación.

## **CAPITULO I: LA CONFIGURACIÓN DEL MODELO DE EMPLEO PÚBLICO**

### **1. LOS ANTECEDENTES DEL EMPLEO PÚBLICO EN ESPAÑA: ENTRE LA VENTA DE OFICIOS Y LAS PRERROGATIVAS CORPORATIVISTAS**

Como derecho de la función o del empleo público se conoce tradicionalmente el conjunto normativo regulador de la relación de servicio para las administraciones públicas<sup>1</sup>. No obstante, las transformaciones operadas en el tiempo han acabado produciendo una ampliación o relativización de los conceptos, de modo que hoy se utiliza frecuentemente el término empleo público como un concepto que engloba toda presencia de personal dentro del ámbito público de gestión, con independencia del vínculo jurídico<sup>2</sup>. La existencia de una pretensión primera por lograr la regulación homogénea de las condiciones de prestación de servicio bajo las dependencias públicas con vistas a conseguir que toda una normativa difuminada y dispersa se constituya en un conjunto ordenado<sup>3</sup>, ha constituido desde siempre el anhelo que encerraba cualquier intento de estatuto de la función pública.

Pero ésta es una pretensión no del todo satisfecha hoy aunque sea posible seguir la evolución de la construcción de un sistema regulador de la prestación de servicios en el ámbito público. Así, antes de llegar hasta el momento actual, en el que se puede decir que continúa siendo generalizada la intención de disponer de un estatuto, se pueden identificar elementos característicos de la prestación de servicios

---

<sup>1</sup> PALOMAR OLMEDA, A; *Derecho de la Función Pública* (régimen jurídico de los funcionarios públicos), Dykinson, 2001, 6ª ed. pág. 66.

<sup>2</sup> Sobre el concepto de progresivamente amplio de Función pública, como sinónimo de empleo público, vid. PALOMAR OLMEDA, A.; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R, “empleo público y empleo privado”; RODRIGUEZ PIÑERO, M.; en *Relaciones Laborales* (editorial). De interés resultan también, a estos efectos, las reflexiones preliminares que efectúa sobre el concepto de empleo público, SALA FRANCO, T.; *La libertad sindical y los empleados públicos (Un estudio del derecho italiano)*, Universidad de Sevilla, 1972, págs. 11 a 16.

<sup>3</sup> Con la palabra “estatuto” se puede designar, tanto el conjunto de elementos que definen una situación desde un punto de vista jurídico, como el texto único en el que éstos se recogen.

en el empleo público que se pueden aislar porque resultan identificables y que, por ende, pueden servir de guía a lo largo de la evolución de los diferentes estadios.

Modo de acceso, ingreso, mecanismos de selección o sistema de nombramiento, todas estas expresiones denominan uno de los elementos clave de entre los llamados a formar parte del estatuto del empleado público. De hecho, los diferentes textos normativos que en el tiempo se han ocupado de la materia, siempre han reservado preceptos reguladores a este extremo. Hoy se podría seguir la pista del empleo público en España centrándose en el tratamiento que ha recibido el ingreso a lo largo del tiempo. Pero, con todo, este factor no es el único determinante en la materia, existen otros señalados elementos que, al menos como expresión de un desiderátum, igualmente han estado presentes desde los primeros textos, se trata de la inamovilidad o de la permanencia de los empleados que es correlativa al establecimiento de un sistema reglado de acceso a las funciones públicas. Además, tienen importancia la regulación de la carrera profesional y los aspectos retributivos.

A finales del siglo XIX, los textos constitucionales atribuían al Rey la facultad de nombramiento de los empleados públicos “de conformidad con lo dispuesto en las Leyes”<sup>4</sup>. En este sentido, el desarrollo legal que se realizase, cualquiera que fuera su signo, revestirá una gran importancia puesto que va a representar una limitación de aquel poder real. Así, la historia del empleo público constituye al propio tiempo la historia de un proceso de limitación del poder real y a dicho fin se encaminarán constantes y poco exitosos esfuerzos por generalizar en la Administración Pública los dos elementos nucleares que fueron la inamovilidad y la objetividad en el ingreso.

En tiempos durante los cuales otros países de nuestro entorno ponían los cimientos de lo que ulteriormente sería una función pública moderna, en España no

---

<sup>4</sup> Vid. GONZÁLEZ ANTON, R: “Comentario Preliminar”, en *Estatutos históricos de los funcionarios de la Administración Civil del Estado*, MAP, 1996.

se acaba de consolidar un impulso reformador capaz de modernizar la nuestra<sup>5</sup>. Es posible que no se dieran las condiciones, ni culturales, ni políticas adecuadas, de modo que, aunque se importan a nuestro sistema instrumentos inspirados en el modelo francés, como por ejemplo, su característico sistema de carrera, estos intentos de trasladar a nuestra legislación instituciones organizativas francesas chocarán con un determinado modelo de sociedad. Y, por extensión, de Administración Pública: repárese en las características cesantías de la Administración decimonónica<sup>6</sup>, o incluso, en una realidad generalizada a lo largo de siglos de práctica como ha sido la venta de oficios públicos. Sin embargo, a pesar de las dificultades, los retrasos, y hasta de los retrocesos, el siglo XX contiene la historia de la progresiva construcción de un estatuto del empleo público.

Con el propósito de destacar los rasgos conformadores de un paradigma del empleo público, se puede efectuar un recorrido histórico a lo largo de ciertos elementos que son configuradores de un modelo de servidor público. Se trata de elementos que pueden, al menos, ser intuitos a partir de los sucesivos textos promulgados durante un amplio periodo de tiempo y que han ido abordándose dentro de la peculiar construcción de un sistema de función pública medianamente homogéneo en nuestro país<sup>7</sup>. Así pues, estas líneas obedecen al propósito de analizar

---

<sup>5</sup> SANCHEZ MORÓN, M, *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, 1996, pág. 39.

<sup>6</sup> Como un reflejo de la influencia social del fenómeno de las cesantías y de cómo se refleja a su vez en la literatura de la época, vid. PÉREZ GALDÓS, B.; Miau, Alianza Editorial, 1985; que en pone en palabras de uno de sus personajes "La recompensa es el principio de la moralidad, es la aplicación de la justicia, del derecho, del Jus, a la Administración. Un Estado ingrato es un Estado salvaje..." pág. 119

<sup>7</sup> En este sentido, el proceso constitucional de la España de finales del XIX se caracteriza por la abundancia de textos constitucionales en buena medida motivada por la falta de aceptación generalizada de un texto normativo receptor de unos principios. Este movimiento pendular se refleja en el hecho de que cada partido en el gobierno aprueba su propio texto. La falta de acuerdo alrededor de numerosos puntos como la distribución de poder entre la Corona, el gobierno y las Cortes y otros, se traslada asimismo a la organización de instituciones de servicio público como la Administración Pública, que como consecuencia de esta tensión, carecerán del sosiego necesario para poder conformar su vertebración cuando necesariamente deberían estar al margen de cualquier polémica partidista por su peculiar naturaleza. Vid. GONZÁLEZ ANTON, R., *Estatutos Históricos de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado*, (Comentario Preliminar), MAP, 1996, pág.16.

las diferentes vías de entrada y, en definitiva, de régimen jurídico del personal en nuestro sistema de empleo público. Para hacerlo con perspectiva, es aconsejable el estudio de los estadios por los que ha pasado la presencia de personal en el tiempo<sup>8</sup>.

La Administración española de principios de siglo XIX conserva aún los rasgos fundamentales de las instituciones medievales<sup>9</sup>. En aquéllas, el soberano nombraba a los integrantes de su estructura político-administrativa que estaba constituida por los oficios propios de la casa del Rey. En el ámbito local, la representación real se instrumentaba a través de la figura del Corregidor<sup>10</sup>, institución real por excelencia, que sustituye a los antiguos adelantados o merinos que actuaban en nombre del Rey en materia de recaudación, de administración de justicia, de defensa, e incluso, de orden público. Todos ellos, de alguna manera, anticipan el concepto de funcionario público<sup>11</sup>.

El Corregidor hacía presente en los pueblos el poder real, compartiendo el ámbito de actuación con los Alcaldes, que eran representantes elegidos por los vecinos, y los Regidores, que eran nombrados por el rey en número variable constituyendo una asamblea -el Regimiento-. Éste es el órgano máximo, aunque no el único, del gobierno municipal en cuyo seno se efectúa la elección de los oficios concejiles: Secretarios, escribanos y alguaciles. La venta de oficios públicos (regidores, procuradores y escribanos), era una práctica generalizada en el ámbito local<sup>12</sup>, como un recurso en manos del Rey, del propio concejo o del señor titular,

---

<sup>8</sup> BAENA DEL ALCÁZAR, M., "Una Teoría del Empleo público en el Siglo XVIII", *Revista de Administración Pública*, nº 56, 1968, págs. 417 y ss.

<sup>9</sup> Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Administración española*, Alianza, 1985, págs. 100 y ss.

<sup>10</sup> NIETO, A., *Estudios históricos sobre Administración y Derecho Administrativo*, INAP, 1986, págs. 97 y ss. El Corregidor era la "pieza clave" de la organización territorial de la Monarquía por medio de la que se pretendía homogeneizar la variedad de los municipios.

<sup>11</sup> Vid. GONZÁLEZ ANTON, R., op. cit. pág. 19

<sup>12</sup> Por ejemplo, los regidores querían comprar sus oficios u obtenerlos gratis del rey como merced de éste, adquiriendo sobre ellos la perpetua y plena propiedad. Durante el reinado de Felipe IV, o bien se creaban nuevos oficios (oficios acrecentados) para concederlos como merced a personajes destacados, o bien se vendían al mejor postor, incluso se podía vender al propio regidor

por medio de cual obtenían financiación, o bien, pagaban favores. Este fenómeno, desde el punto de vista de la Administración del Rey, suponía la pérdida progresiva de control regio sobre el gobierno de las ciudades y una clara privatización de los regimientos municipales. No es de extrañar, pues, que los monarcas fortalecieran el poder del Corregidor, oficial no politizado, nunca privatizado y que, por ello, ha pasado por ser “la encarnación más viva de una concepción administrativa funcionalizada y objetivable propia de un Estado moderno”<sup>13</sup>.

A lo largo de los siglos XVII y XVIII se mantuvieron estas dos figuras esenciales. En el siglo XVIII aparecen los Secretarios de Despacho que asumen las funciones de administración de los antiguos Consejos. Del mismo modo, serán los que ahora designen a los oficiales, o bien propongan su nombramiento al Rey. Aparece, asimismo, la figura del Intendente General, que después será Secretario de Despacho de Hacienda. El factor común en estos siglos en la Administración Central, será que los nombramientos para desempeñar cargos corresponden al Rey. En la Administración local, por su parte, además de los oficios cuyo nombramiento depende del Concejo (téngase en cuenta la mención efectuada a la generalización de la venta de oficios), también está el Corregidor, cuyo nombramiento continúa siendo prerrogativa real. Este es el estado de la situación cuando comienzan a llegar a nuestro país las influencias reformadoras de la Ilustración.

En paralelo, se perciben otros movimientos que ulteriormente jugarán un papel importante en la Administración venidera. Determinados grupos de funcionarios, especializados y fuertemente cohesionados, que se habían ido haciendo necesarios

---

la perpetuación del mismo. Así pues, fuese por la vía de la perpetuidad comprada e incorporada al regimiento que hasta entonces era renunciable, o por la compra directa de un regimiento acrecentado, lo cierto es que tales regimientos quedaban enajenados de la Corona y absolutamente privatizados. Pasaban a ser cosas, bienes objeto de propiedad privada. El que resultara propietario del oficio público podía transmitirlo con entera libertad “inter vivos” y “mortis causa”. Vid. TOMÁS Y VALIENTE, F. “Las ventas de oficios de Regidores y la formación de oligarquías urbanas en Castilla, siglos XVII y XVIII”, *Obras Completas*, vol. IV, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, págs. 2343 y 2344.

<sup>13</sup> GONZÁLEZ ALONSO, B. *El Corregidor Castellano (1348-1808)*. Madrid, 1970, págs. 119-



para el Estado por la labor desempeñada, lograrán para sí una regulación separada de sus condiciones de prestación de servicios. Con ello, se irán formando cuerpos de funcionarios que constituían escalas cerradas en las que se ingresaba en virtud de titulaciones específicas y de pruebas objetivas de selección y en las que los ascensos se producían por antigüedad<sup>14</sup>. Se puede decir que fueron estos cuerpos los que “tiraron” del resto de los funcionarios en el camino hacia la inamovilidad que, ya en los principios del siglo XX, se deja ver en una serie de normas parciales aplicables a determinados ministerios con carácter singular.

## **2. LA CONFIGURACIÓN DEL PARADIGMA DEL EMPLEO PÚBLICO: LA PUESTA EN ESCENA DE SUS ELEMENTOS INTEGRADORES**

### **2.1. La inamovilidad como elemento germinal del empleado público**

Conocer la historia ayuda a conocer el presente de la Administración española e incluso puede contribuir a iluminar y dar perspectiva sobre los obstáculos actualmente existentes. En este sentido, se constata una vez más lo oportuno de la afirmación precedente puesto que aunque es verdad que para parte de la doctrina<sup>15</sup>, los orígenes de la presencia del personal laboral en la Administración se encuentran en la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1964, la observación de los periodos anteriores desvela una realidad muy interesante que demuestra que no se deben desconocer las previsiones que sobre el personal y sus

---

129.

<sup>14</sup> Este es el inicio del corporativismo que ha sido, y aún hoy es, pieza fundamental que debe tenerse en cuenta para entender nuestra Administración, porque se trata de un tema “nuclear en el contexto de formación de la Función Pública española”, vid. JIMÉNEZ ASENSIO, R., “Cuerpos generales *versus* cuerpos especiales: La fragmentación de la Función Pública española”, *Revista Vasca de Administración Pública* nº 23, 1989, pág.83. Igualmente, sobre esta particular cuestión, puede verse el trabajo, DE LA OLIVA, A. y GUTIERREZ REÑÓN, A., “Los cuerpos de funcionarios”, *Documentación Administrativa* nº 124, 1968, pág. 18.

<sup>15</sup> PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo. Organización y Empleo Público*, Madrid, 1988, pág. 311; vid. también, MARTÍN PUEBLA, E., “Trabajadores al servicio de la Administración. La problemática aplicación del derecho del trabajo en el seno de la Administración Pública”, en *Relaciones Laborales*, I/1990, pág. 84.

diferentes clases se habían ido sucediendo con anterioridad.

Las vías de vinculación a la Administración Pública han pasado por varias etapas. No podemos hablar verdaderamente de una función pública durante la monarquía absoluta, pero sí se encuentran en este periodo elementos que constituyen el germen de un estatuto del servidor público<sup>16</sup>. Como se sabe, el nombramiento y la separación de los servidores públicos era privilegio del monarca, también lo era la creación de oficios o la encomienda de diferentes ocupaciones a los servidores públicos. No se conocen restricciones a esta facultad real, salvo que el nombramiento se hubiera efectuado para un periodo de tiempo concreto, en cuyo caso, sólo era posible la revocación por justa causa, porque, si no, la extinción de la relación sólo era posible por renuncia del titular o por supresión del cargo.

Entre los rasgos más característicos de la administración de aquellos momentos, junto a la venta de oficios a la que se ha hecho referencia anteriormente, destacaba una notable confusión entre medios públicos y privados<sup>17</sup>. Aún así, las tendencias francesas influyeron en España a través de ministros reformadores como Floridablanca y, particularmente, a través de las reformas de López Ballesteros y Bravo Murillo, que como se verá más adelante, perseguían implantar un sistema profesional de organización de los medios personales de la organización pública.

Es precisamente dentro de aquel primitivo sistema, todavía en una fase inicial de su desarrollo, dónde se abrirá camino lo que luego cumplirá un papel esencial en el desarrollo del estatuto jurídico de la función pública: la inamovilidad<sup>18</sup>. Y es que,

---

<sup>16</sup> Así, por ejemplo la paulatina aparición de una burocracia profesional conformada sobre el clero y un número importante de legistas contribuirá a formar un soporte sobre el que más adelante se apoyara el monarca para contrarrestar el poder de los nobles. "De aquí en adelante será imposible prescindir de esta burocracia pues de sus conocimientos y dedicación va a depender el funcionamiento regular de los órganos de gobierno del Estado". Vid. MIÑAMBRES PUIG, C., *La estabilidad de funcionarios y trabajadores ¿Una gran distancia entre ambas relaciones de empleo?*, CES, 2001, pág. 92.

<sup>17</sup> BALLART Y C. RAMIÓ, X., *Ciencia de la Administración*, Tirant lo Blanch, 2000; pág. 55

<sup>18</sup> GARCÍA TREVIJANO, J.A., *Tratado de Derecho Administrativo*, 4ª ed. Madrid 1970;

en la incipiente burocracia regia, la inamovilidad era inexistente, es más, se consideraba perjudicial la continuidad en los cargos<sup>19</sup>. Con todo, acabará decretándose inamovilidad para algunos funcionarios como consecuencia de un peculiar el proceso que surgirá como correlato de la incompatibilidad establecida para desempeñar otros empleos públicos. Felipe V había dictado el Real Decreto de 18 de enero de 1721 en el que se establecía que los Oficiales de las Secretarías no podían desempeñar otros empleos públicos y como contrapartida a aquella medida limitativa, se aseguró la permanencia en aquellos empleos públicos a los que se accedía<sup>20</sup>.

Pero, para que sea posible hablar de una suerte de modelo de función pública, es preciso situarse en el siglo XIX. Entonces comienzan a sucederse diferentes regulaciones según el esquema de las Cortes de Cádiz de 1812. El sistema instaurado, supedita el empleo público al poder político pues los funcionarios eran nombrados y cesados según la voluntad de quien ostentaba la competencia para ello. Este modelo originó una de las características más importantes de la burocracia de esta época: las cesantías que han marcado todo el proceso político y constitucional del siglo XIX.

El sistema del botín removía a los empleados de sus puestos para sustituirlos

---

BAENA DEL ALCÁZAR, M., *Curso de ciencia de la Administración*, vol. I, Madrid 1985, págs. 442; “Una teoría del empleo público en el siglo XVIII”, *Revista de Administración Pública*, nº 56, 1968, págs. 417-433; PALOMAR OLMEDA, A., *Derecho de la Función Pública. Régimen Jurídico de los Funcionarios Públicos*, 6ª edición, 2001, pág. 155.

<sup>19</sup> Vid. MIÑAMBRES PUIG, C., op. cit. pág.93.

<sup>20</sup> Este hecho ha sido considerado como uno de los más notables acontecimientos de nuestra historia administrativa porque deja bien patente cómo ya en esta primera etapa aparece una de las notas distintivas de la carrera administrativa que es la estabilidad y permanencia en el empleo: “He resuelto que en adelante sean permanentes y fixas estas plazas, sin arbitrio en los Secretarios para removerlas, si no es con el motivo de insuficiencia, demérito o delito y precediendo darme cuenta y tomar mi orden; y en su consecuencia se mantengan los oficiales que actualmente hay en las cinco Oficinas del Despacho, y que se les dé a todos título firmado de mi mano, para que sirvan con este mayor honor y seguridad”, en GARRIDO FALLA, F., *Reformas de la Función Pública (Discurso de entrada en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas)*, Madrid, 1985, pág.37.

por otros supuestamente más afines con la ideología política de quienes pasaban a ocupar el poder. Cómo se sabe, tal sistema no es propio de las monarquías absolutas, sino que tiene un origen democrático. Así, mientras en Francia y Prusia se concebía la Función Pública como una carrera al servicio del Estado<sup>21</sup>, en EEUU se aplicaba una política de selección de empleados a corto plazo en función de las necesidades. En este contexto, el “spoils system” se presentaba como una contribución a la viabilidad de los partidos políticos y, además, la rotación en los puestos públicos protegía contra la tentación de perpetuarse en el poder. Sin embargo, frente a los principios del mérito, la capacidad y la carrera en la Función Pública, este sistema fue duramente criticado por la corrupción que generaba<sup>22</sup>.

En suma, puede verse cómo, desde los momentos primeros se manifiesta la estabilidad o la permanencia como un elemento que luego ha pasado a ser núcleo fundamental del sistema de empleo público actual. Ésta aparece además relacionada con la imparcialidad en el ejercicio de las funciones públicas desde sus mismos antecedentes, pero, al propio tiempo, se perciben con claridad las dificultades que encontrará su implantación debido a la vinculación al poder político. Andando el tiempo, el perfeccionamiento de los sistemas de reclutamiento, como se verá, contribuirá enormemente a reforzar este primer pilar del empleo público. En esta línea, serán las regulaciones concedidas a determinados cuerpos especiales las que determinaron la existencia de regímenes particulares caracterizados, fundamentalmente, por una estabilidad que no se reconocería hasta mucho más adelante para el resto de empleados públicos. La razón de ser del surgimiento de estos cuerpos se ha situado en la necesidad de dotar de empleados técnicos y de continuidad a determinados servicios, pero, con ello, como se tendrá oportunidad de apuntar más adelante, también se producirán efectos secundarios “nefastos a medio

---

<sup>21</sup> Un estudio comparado de la evolución del empleo público en Francia y, especialmente en Italia, puede verse en CANTERO MARTÍNEZ, J., *El empleo público: entre estatuto funcional y contrato laboral*, Marcial Pons, 2001.

<sup>22</sup> BALLART Y C. RAMÍO, X., op. cit. pág. 56. Véase también, en referencia al sistema en Norteamérica, DE LA CRUZ FERRER, J., *La función pública superior en Estados Unidos*, INAP, 1984, págs. 15 a 75

y largo plazo”<sup>23</sup>.

## 2.2. Primeros intentos de racionalización del empleo público: inspiración liberal y legislación absolutista

Con la vista puesta, fundamentalmente, en el intento de separar el poder político de la burocracia oficial<sup>24</sup>, y también con el propósito de dotar de cierto orden a una organización caótica<sup>25</sup>, comenzará a imponerse una nueva concepción del personal público. Ello en buena medida, es también una reacción frente al prebendalismo y al favoritismo que trajo consigo el sistema del botín.

Del reinado Fernando VII destaca la etapa del restablecimiento del absolutismo. En este periodo, su ministro de Hacienda, López Ballesteros, emprende una reforma que pasa por ser la primera manifestación de algo aproximado a ser un estatuto de la Función Pública<sup>26</sup>, si bien tenía un alcance limitado al ámbito del citado Ministerio<sup>27</sup>. En la tarea emprendida por este ministro<sup>28</sup> pueden señalarse tres momentos coincidentes con sendos textos normativos cuyo contenido, en lo tocante al personal, se puede resumir del siguiente modo.

---

<sup>23</sup> JIMÉNEZ ASENSIO, R., “Cuerpos generales versus cuerpos especiales: La fragmentación de la Función Pública española”, *Revista Vasca de Administración Pública* nº 23, 1989, pág. 83.

<sup>24</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Administración Española*, Alianza Editorial, 1985, pág. 114 y ss. Donde señala los rasgos de la improvisación y de la provisionalidad que han acompañado a la Administración española.

<sup>25</sup> MIÑAMBRES PUIG, C., op. cit. pág. 94.

<sup>26</sup> NIETO GARCÍA, A., “La retribución de los funcionarios públicos en España”, en *Revista de Occidente*, Madrid 1967.

<sup>27</sup> Que, por cierto, se trataba del Ministerio con la plantilla más numerosa.

<sup>28</sup> Destaca la larga permanencia en el cargo de este Ministro. Fue titular de Hacienda desde diciembre de 1823 a octubre de 1832, lo que representa la gestión más larga en la historia del siglo IX. Para el estudio de la gestión de López Ballesteros, vid. ARTOLA, M.; *La hacienda del siglo XIX. Progresistas y moderados*, Alianza, 1986, pág. 113 a 159. Vid. también JIMÉNEZ ASENSIO, R.; *Políticas de selección de la Administración Pública española (1808-1978)*. MAP, 1989, pág. 54. Por su parte, CARRASCO CANALS, C.; *La burocracia en la España del siglo XIX*, IEAL, 1975, pág. 29, describe a López Ballesteros como un “gran reformador de la función pública” que consiguió racionalizar y estructurar la carrera de la Administración.

La Regulación del Ingreso en Hacienda es el primer paso. A este propósito responde la Real Orden de 19 de agosto de 1825 cuya importancia estriba en la novedad de regular de un modo general el reclutamiento del personal de la Real Hacienda y en la preocupación que la inspira: profesionalizar la Administración Pública y dotarla de eficacia. La Real Orden ya configura una estructura, aunque ésta se concretará y precisará más adelante, y establece requisitos y exigencias para el desempeño de cada puesto que eran distintos según al que se aspirase y región, no sólo para el ingreso, sino también para los ascensos. La preparación y los conocimientos adecuados para el desempeño de cada puesto eran igualmente tenidos en cuenta, de modo que, a través de la constitución de unas Juntas integradas por especialistas en los diferentes ramos, se valoraba la capacidad teórica y práctica de los aspirantes<sup>29</sup>. También se establecía un sistema de acceso directo a determinadas escalas pero igualmente sujeto a pruebas extraordinarias de capacidad<sup>30</sup>.

En un segundo momento, mediante el Real Decreto de 7 de febrero de 1827, se estructura la carrera dentro del Ministerio estableciendo cinco clases que, a su vez, se subdividían en otras. De entre todas las clases establecidas, Consejeros, Intendentes de Provincia, Jefes de Administración, Oficiales de Real Hacienda y Subalternos, es el estatuto de éstos últimos, los subalternos, el que queda más desdibujado. Así, por ejemplo, al contemplarse los sueldos, se establecían los de las cuatro primeras clases, pero sólo se incluía una fórmula genérica para los salarios de los subalternos. Lo mismo sucedía en cuanto al nombramiento, pues los empleados de las cuatro primeras clases eran nombrados por el Rey pero no quedaba establecido el régimen de nombramiento de la clase de los subalternos<sup>31</sup>. Estos

---

<sup>29</sup> JIMÉNEZ ASENSIO, R; *Políticas de selección de la Administración Pública española (1808-1978)*. MAP, 1989, pág. 58.

<sup>30</sup> Se percibe con claridad que el espíritu de la norma es potenciar la idoneidad en el proceso de reclutamiento aún incluso limitando la arbitrariedad a costa de condicionar las atribuciones del propio monarca pues si éste tuviera a bien hacer algún nombramiento fuera de propuesta sin que se hubiera podido comprobar la idoneidad del agraciado, éste no podrá entrar a prestar servicio sin que se hubiera hecho constar la idoneidad. (Art. 4 de la Real Orden). *Estatutos históricos de la Administración del Estado*.

<sup>31</sup> JIMÉNEZ ASENSIO, R; *Políticas de selección de la Administración Pública española*

rasgos invitan a reparar en esta clase de empleados que aparecen en cuarto lugar, dentro de la división en clases que se efectuaba, porque en ellos es posible ver un antecedente de los laborales en la Administración Pública. No obstante, aún es pronto para ello.

Finalmente, es el Real Decreto de 3 de abril de 1828 sobre el Nuevo Arreglo de Empleados, el que se presenta como primer estatuto histórico de los empleados de la Administración del Estado, puesto que constituye el primer intento de establecimiento de unas reglas ciertas y uniformes aplicables a los sueldos de los funcionarios y articula un sistema aplicable, aunque sólo en la vertiente retributiva, a todos los empleados públicos. De modo que se hacía extensible el arreglo sobre funcionarios de la carrera civil que dependan de los Ministerios de Estado, Gracia y Justicia y de Hacienda<sup>32</sup>. La denominación “arreglo” es expresiva de una voluntad de corregir, de reformar una situación que se considera mejorable ajustando los gastos a los ingresos, regulando para ello las retribuciones de los empleados y determinando que los sueldos que se perciben en activo condicionen la cuantía de la pensión<sup>33</sup>. Pero, además, dejando a un lado las dos consideraciones anteriores, existen otros factores que hacen que esta norma posea las características deseables en un Estatuto. Por una parte porque su elaboración, pese a coincidir con un momento de retorno al Estado Absoluto, pues el monarca Fernando VII gobernaba al modo del Antiguo Régimen, se llevó a cabo con la audiencia del Consejo de Estado. Por otra parte, hay que tener en cuenta su contenido, que trata de abarcar todas las situaciones, definiéndolas y regulando los efectos económicos en cada una de ellas: destino, toma de posesión, enfermedad, asuntos propios, comisiones de servicio, cesantía.... Por último, se ha señalado que este Real Decreto enlaza con la tradición española al reservar al Rey la competencia del nombramiento<sup>34</sup>.

---

(1808-1978). MAP, 1989, pág. 61 y ss.

<sup>32</sup> JIMÉNEZ ASENSIO, R; op. cit. pág.63.

<sup>33</sup> GONZÁLEZ ANTON, R; op. cit., pág. 24

<sup>34</sup> GONZÁLEZ ANTON, R; op. cit., pág. 25

Las medidas de López Ballesteros, a pesar de su innegable contenido de modernidad, pronto caerán en desuso abriendo paso a la dinámica característica de la Administración durante todo el siglo. No obstante, de esta época se pueden extraer datos relevantes que han pasado a formar parte de nuestro sistema. Primeramente, la implantación, aunque sea programática, de los principios de mérito y capacidad en los textos constitucionales desde su inclusión en la Constitución de 1837. Por otro lado, este es un periodo en el que se consolida una mayor sensibilidad hacia los problemas de los empleados públicos y acerca de su preparación<sup>35</sup>, a pesar de que la proliferación de las cesantías continúa, agravándose con ello la situación del tesoro público y provocando la adopción de medidas drásticas que empeorarán más, si cabe, la situación de los cesantes en nuestro país<sup>36</sup>.

Pero, a pesar de todas las consideraciones anteriores, continúa la inestabilidad que caracterizaba a los empleados públicos. Las normas comentadas buscaban básicamente la profesionalización y el encuadramiento del empleado en un sistema organizado. La incipiente estructura y la clasificación del personal servirán paulatinamente de apoyo a la escasa estabilidad de la época que también se alimentará en el modo de selección y en el nombramiento, pero esto último estará, como es sabido, supeditado a las cesantías y su regulación todavía tardará más de medio siglo en llegar<sup>37</sup>.

Hasta este momento se ha hecho referencia a la obra legislativa llevada a cabo durante el periodo absolutista, pero algo se puede decir también de los periodos constitucionales de 1810-1814 y de 1820-1823, ello permitirá comprobar que una

---

<sup>35</sup> JIMÉNEZ ASENSIO, R; op. cit. pág. 95

<sup>36</sup> Son muy ilustrativas algunas reflexiones de la época acerca de las cesantías, por ejemplo; las de ROYO VILLANOVA en su monografía sobre *La idoneidad de los Funcionarios Públicos (discurso de apertura del curso académico 1944-45 de la Universidad de Madrid)*, donde nos recuerda la situación de 1875 tal como aparece descrita en un folleto de Don Lorenzo Domínguez sobre la cuestión de los empleos públicos en España.

<sup>37</sup> Vid. MIÑAMBRES PUIG, C.; op. cit. pág.95.



institución tan ajena a los principios del naciente Estado Liberal de Derecho como es la propiedad de oficios públicos, subsiste al menos parcialmente. Se ha discutido si hubo en los dos periodos liberales un concepto legal de lo que ahora denominamos función pública. En este sentido, ni en el periodo de Cádiz, ni en el Trienio, hay constancia de la existencia de definiciones precisas de funcionario-empleado público, ni una regulación de un estatuto del empleado público<sup>38</sup>. El nombramiento real continúa siendo necesario para el ejercicio de un empleo público, igual que lo era en el Antiguo Régimen en el que hacía falta la obtención de un título real para ejercer un oficio.

No obstante, a pesar de que no se introduce una prohibición general contra los titulares de oficios públicos enajenados, sí aparece una cuidada diferenciación en los términos. Así, se utilizará la denominación “empleados” y “empleos” para subrayar la diferencia, respectivamente, entre “quienes ocupaban algún puesto en la Administración por nombramiento real no mediatizado por previas relaciones jurídico privadas, y quienes ocupaban puestos en la Administración por adquisición de los mismos *por juro de heredad o a perpetuidad*, expresiones con las que en la Administración del Antiguo Régimen se aludía a la adquisición de oficios públicos por enajenación de los mismos por la Corona”<sup>39</sup>.

De este modo, puede verse la compleja evolución que experimenta nuestro empleo público en los señalados periodos. La progresiva configuración de un sistema que otorga estabilidad a los servidores públicos y la posibilidad de un desarrollo de la carrera de servicios racional, como compensación a la superación de un proceso de selección que objetivaba el ingreso en el servicio público, se verá inevitablemente acompañada de las inercias que arrastraba el sistema. La venta de empleos como mecanismo de financiación extraordinario, las prerrogativas reales en

---

<sup>38</sup> TOMAS Y VALIENTE, F.; “Legislación liberal y legislación absolutista sobre funcionarios y sobre oficios públicos enajenados: 1810-1822” en *Actas del IV Symposium de Historia de la Administración*, INAP, 1983, pág. 703.

<sup>39</sup> TOMAS Y VALIENTE, F.; “Legislación liberal y legislación ....”, op. cit. pág. 707.

el nombramiento, como mecanismo de agradecimiento de favores prestados, son, en fin, las características de una época, de una concepción de los asuntos públicos. En esos momentos, la pretensión de un estatuto, que se manifiesta por doquier, simbolizará el intento de modernización, ya no sólo de nuestra burocracia, sino de todo un país.

Sin embargo, contrasta con este panorama, algo que no debe dejar de mencionarse y es la temprana y paulatina evolución de los aspectos relativos a la protección social de estos empleados públicos. La protección social de los funcionarios públicos se había iniciado en España poco después de mediado el siglo XVIII, mediante la creación de Montepíos financiados con aportaciones de los propios funcionarios y subvenciones estatales que “trataban de paliar el estado de suma pobreza en que quedaban sus viudas y huérfanos”<sup>40</sup>. El desarrollo posterior de los mismos es accidentado, durante la primera mitad del siglo XIX, el Estado se incautó progresivamente de los fondos de los distintos Montepíos asumiendo el pago de las pensiones. Al mismo tiempo, y desde finales de siglo, se suceden los intentos por lograr una Ley de Clases Pasivas que no llega hasta 1926. Entre tanto, los Montepíos, que no habían llegado a desaparecer, experimentarán un efecto multiplicador, consagrándose de este modo un doble mecanismo para la protección social de los funcionarios<sup>41</sup>.

### 2.3. La distinción entre “subalternos” y las restantes “categorías”

El Real Decreto de 18 de junio de 1852 está considerado el primer estatuto general de la función pública española<sup>42</sup>. Posiblemente se le haya atribuido mayor

---

<sup>40</sup> DE LA VILLA GIL, L.E.; *Estudios sobre Seguridad Social de los Funcionarios Públicos*, ENAP, 1971, págs. 303-304

<sup>41</sup> Puede describirse en paralelo a la evolución del empleo público, la correlativa evolución de su sistema de seguridad social, en el estudio de esta cuestión destaca el trabajo del prof. DE LA VILLA.

<sup>42</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M; *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, 1996, pág. 40. PALOMAR OLMEDA, A.; *Derecho de la Función Pública, Régimen Jurídico de los*

importancia de la que en realidad representa, pues a fin de cuentas, casi todos los elementos que son señalados como una aportación de este cuerpo normativo, habían sido ya introducidos en la normativa de López Ballesteros. Por ejemplo, el acceso de conformidad con los principios de mérito y capacidad, cuya primera aparición en un texto constitucional data de 1837, ya estaba recogido en la obra legislativa del ministro López Ballesteros. Y lo mismo se puede decir de la estructuración del personal en clases.

No obstante, observando la tarea de Bravo Murillo<sup>43</sup>, sí pueden verse dibujados, quizá con más claridad, los elementos sobresalientes de un incipiente estatuto del empleado público. Otra vez se tratarán cuestiones como los procedimientos de selección o la estructura del empleo público, esto es, el ingreso y los ascensos. Otra vez se planteará el problema de las cesantías o la regulación de las licencias, o la jubilación. Por otra parte, uno de los principales aciertos será la uniformidad de la regulación emprendida que quedará recogida en un texto único. Por último, el estatuto de Bravo Murillo marca el punto de inflexión a partir del cual se empieza a estructurar la Administración del Estado<sup>44</sup> con una configuración que ha pervivido en el sistema, hasta el punto de que hoy reconocemos su influencia en el ordenamiento actual. Estas razones, en fin, permiten comprender la relevancia otorgada a la obra de Bravo Murillo.

Por una parte, el estatuto volvió sobre el intento de poner orden en la

---

*Funcionarios Públicos*, 6ª edición, 2001, págs. 157 y ss.

<sup>43</sup> Bravo Murillo ha pasado a la historia a través de semblanzas contradictorias y no precisamente por una labor relacionada con los funcionarios públicos. La conclusión que se podría extraer es que Bravo Murillo es un buen representante del “despotismo ilustrado”. JIMÉNEZ ASENSIO, R.; *Políticas de selección en la Función Pública española*, MAP, 1989, pág. 102 en donde se recoge textualmente: “El exponente de la revolución absolutista modernizada era Bravo Murillo”, vid. también, CARR, R.; *España: 1808-1939*, Ariel, 1970, pág. 242, quien se refiere a Bravo Murillo como “el último funcionario del despotismo ilustrado”. Otros señalan, en el mismo sentido, el carácter “técnico” de Bravo Murillo, llegando a recogerse expresiones que se refieren a esta personalidad como “el primer tecnócrata que hemos tenido”, vid. CARRASCO CANALS, C.; *La Burocracia en la España del siglo XIX*, IEAL, 1975, pág. 230.

<sup>44</sup> JIMÉNEZ ASENSIO, R; op. cit. pág. 100.

“enmarañada situación de la Administración”<sup>45</sup> tratando de homogeneizar la regulación de los empleados mediante su clasificación en *categorías*<sup>46</sup>. Ésta será la nueva denominación que reciben las “clases” de López Ballesteros y serán cinco: Jefes superiores, Jefes de Administración, Jefes de Negociado, Oficiales y Aspirantes a Oficial. En todas ellas, menos en la primera, se establecen niveles diferentes de sueldo. Se regula también el modo de acceder a una u otra categoría. Así, por ejemplo, para obtener la condición de Oficial, se establece el sistema de oposición; para acceder a la condición de Jefe de Negociado, deben contarse seis años de servicio en categorías inferiores o debe tenerse título de licenciado. Ascender a las dos primeras categorías sólo será posible por elección, (lo que actualmente significa “libre designación”) y el turno de antigüedad cubrirá una tercera parte de las vacantes que queden en las categorías de Jefe de Negociado y Oficial. De este modo, la estructura del personal se va adaptando a las categorías resultantes. Éstas se configuran como una condición personal y en función de ella, y de los ascensos de categoría, se establece el medio para obtener mayores retribuciones<sup>47</sup>. Pero los efectos de la categoría van más allá: se unifican los honores, tratamientos y uniformes y, lo que es más importante, al regular los modos de ingreso en las diferentes categorías, se están sentando las bases para una carrera<sup>48</sup>.

Constante importante de la época será el favoritismo político en los nombramientos así como la ausencia de inamovilidad y, en este sentido, se debe advertir que no se corrigió<sup>49</sup>. Ambas circunstancias siguieron justificando las

---

<sup>45</sup> GARCÍA TREVIJANO, J. A; *Tratado de Derecho Administrativo*, 4ª ed. Madrid 1970.; PALOMAR OLMEDA, A; *Derecho de la Función Pública, Régimen Jurídico de los Funcionarios Públicos*, 6ª edición, 2001, págs. 157 y ss.

<sup>46</sup> Trataba de clasificar de manera terminante y clara a la totalidad del funcionariado. Vid. MIÑAMBRES PUIG, C.; op. cit. pág.95.

<sup>47</sup> GONZÁLEZ ANTON, R; op. cit. pág. 26.

<sup>48</sup> GUTIERREZ REÑÓN, A.; “La carrera administrativa en España: evolución histórica y perspectivas” en *Documentación Administrativa* nº 210-211, 1987, pág. 31

<sup>49</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M; *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, 1996, pág. 40.

cesantías con cada cambio en el poder permaneciendo así la situación de precariedad de los empleados públicos en una clara dependencia del poder político. Bravo Murillo no parece preocuparse mucho de la inamovilidad del funcionario, ni tan siquiera la menciona<sup>50</sup>; sin embargo, determinadas previsiones del estatuto lograrán, aunque sea a través de un camino indirecto, cierta estabilidad. Ésta vendrá como consecuencia de la previsión de un sistema de selección más rígido, más estricto, basado en el ingreso tras un examen previo; ello, objetivamente, hacía más difícil la sustitución de las bajas ocasionadas por los cesantes<sup>51</sup>.

Por otra parte, las disposiciones del Real Decreto no se van a aplicar a determinados colectivos integrantes de “las demás carreras cuyos empleados tengan *condiciones especiales* por las cuales se distingan esencialmente de la Administración activa”<sup>52</sup>, acentuándose con ello la diferencia de regímenes jurídicos entre los cuerpos generales y los especiales. Cómo se apuntaba al comienzo de estas páginas, fue así como algunos grupos de empleados fueron configurándose un estatuto especial en virtud del cual alcanzaban la inamovilidad y quedaban excluidos del “turno de cesantes”. Esta agrupación de funcionarios en categorías especiales con la consecución de la aprobación de normas para ellos, refleja un incipiente corporativismo que tanta influencia alcanzará posteriormente sobre nuestro

---

<sup>50</sup> MIÑAMBRES PUIG, C.; op. cit. pág. 96.

<sup>51</sup> Varios autores han señalado que probablemente Bravo Murillo actuó con la conciencia de que la estabilidad no podría lograrse por una declaración expresa de inamovilidad para los empleados de las carreras administrativas pero entendía que este objetivo podría lograrse a través de las políticas de selección del personal al servicio de la Administración. Vid. por todos: FONDEVILA ANTOLÍN, J; *Constitución y empleo público (Estudio y propuestas en relación a un régimen jurídico común)*, Comares, 2000, pág. 20.

<sup>52</sup> La primera distinción entre empleos de carácter general y especial se advierte en la regulación llevada a cabo por López Ballesteros en 1827 cuando clasificó a los empleados de la Real Hacienda refiriéndose a una escala general, “y las demás particulares que convengan”. Luego, el Real Decreto de Bravo Murillo de 1852, también contemplaba las exclusiones a su aplicación; a partir de ese momento, la expresión “cuerpos especiales” cobrará importancia para definir aquéllos que pertenezcan a cuerpos con una legislación especial; vid. JIMÉNEZ ASENSIO, R.; “Cuerpos generales versus cuerpos especiales: La fragmentación de la Función Pública española”, *Revista Vasca de Administración Pública* n° 23, 1989, pág.87; un estudio de los distintos cuerpos de funcionarios civiles puede verse en: GARCÍA PASCUAL, P.; *Los cuerpos de funcionarios de la Administración Pública Española*, Secretaría General Técnica, 1960.

sistema<sup>53</sup>.

Es sabida además, la escasa aplicación que tuvo el Estatuto de Bravo Murillo. El Real Decreto de 18 de junio de 1852, a pesar de que estuvo formalmente en vigor durante mucho tiempo, no se aplicó, o se hizo de un modo precario<sup>54</sup>, posiblemente a causa de su rango normativo. Este hecho fue un factor importante que motivó la dispersión y la disparidad del conjunto de la legislación sobre la Función Pública fomentándose de este modo la aparición de regulaciones diferenciadas para determinados colectivos. Se coloca así otro peldaño más en el inicio del sistema de cuerpos que abre la tradicional dicotomía existente en nuestro empleo público entre cuerpos generales y cuerpos especiales<sup>55</sup>.

Pero, lo que a los efectos de este trabajo resulta más importante, será la diferente consideración que esta normativa efectúa sobre los “subalternos” y las restantes categorías. El personal subalterno realiza un trabajo manual y no tiene la condición de funcionario público, a diferencia del personal restante, que sí obtiene tal condición. Con ello se pone de manifiesto cómo la consideración de funcionario público aparece en principio vinculada a la realización de un trabajo intelectual. De modo semejante se trataba la posición de los subalternos en la normativa de López Ballesteros cuyo estatuto jurídico quedaba desdibujado en el conjunto de toda la regulación. Pero, llegado este momento, lo importante es que, al no tener la condición de empleados públicos, es más que previsible que estos puestos se

---

<sup>53</sup> El Estatuto de Bravo Murillo representa, en la historia de la función pública española, la primera gran batalla ganada por los cuerpos especiales en defensa de sus privilegios según GARRIDO FALLA, F.; *Reformas de la Función Pública (Discurso de entrada en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas)*, Madrid, 1985, pág.41. El mismo autor, mostrando la pervivencia de una tensión dialéctica entre cuerpos generales y especiales, se muestra conforme con esta opinión a condición de que también por privilegio “se entienda el tener que superar unas duras oposiciones o pruebas selectivas que, por lo demás, continuará siendo el rasgo distintivo del resto de los grandes cuerpos especiales que se crean en la segunda mitad del siglo XIX”.

<sup>54</sup> JIMÉNEZ ASENSIO, R.; Políticas de selección..., op. cit. pág. 116.

<sup>55</sup> Vid. GONZÁLEZ ANTON, R; op. cit., pág. 27.

concediesen “por favor o amistad”<sup>56</sup>, sin que les fueran de aplicación las previsiones, ya vistas, reguladoras del ingreso a los empleos públicos. Cuando se clasifican los empleados públicos en cinco categorías y dieciséis escalones o clases, se deja a un lado a los subalternos que, según el art. 45 de la norma, “no tienen el carácter de empleados públicos para los efectos de este Decreto”<sup>57</sup>.

Esta es la primera vez que puede encontrarse en un texto normativo una distinción entre la naturaleza jurídica de la relación de servicios de los que realizan tareas intelectuales y los que desempeñan tareas manuales, abriéndose paso en la administración la dualidad de regímenes jurídicos, uno de naturaleza pública y otro de naturaleza contractual. Otra consecuencia directa de esta diferenciación, será la ausencia de regulación explícita para este tipo de personal, de lo que se desprende, como es lógico, un espacio de arbitrariedad para el poder público en lo tocante al nombramiento, separación y demás condiciones de trabajo de estos otros servidores públicos. No obstante, la adscripción a uno u otro en virtud de las tareas desempeñadas, no tardará en quebrarse al crearse cuerpos especializados de funcionarios con tareas típicamente manuales -peones camineros-, y funcionarizarse posteriormente el personal subalterno -porteros, mozos y ordenanzas-<sup>58</sup>.

De la obra normativa de 1852, quedará la regulación homogénea en un único texto y la estructuración del personal en categorías con la consiguiente creación de un sistema de acceso; pero también, la profundización en la brecha abierta con los cuerpos especiales y el diferente tratamiento del personal subalterno. A partir de este momento, en el progresivo proceso de construcción del modelo, se incluirá indefectiblemente, y ya nunca más lo abandonará, el elemento de la dualidad de regímenes. Así pues, a la inamovilidad, el sistema reglado de ingreso, la construcción de una carrera...se sumará la permanente existencia de dos clases de

---

<sup>56</sup> JIMÉNEZ ASENSIO, R.; Políticas de selección..., op. cit. pág. 110.

<sup>57</sup> GUTIERREZ REÑÓN, A.; “La carrera administrativa en España: evolución histórica y perspectivas” en *Documentación Administrativa*, nº 210-211, 1987, pág. 31.

<sup>58</sup> MIÑAMBRES PUIG, C.; op. cit. pág. 98-99.

personal como una característica, puede decirse que *fundacional* de nuestro sistema.

#### **2.4. La lucha contra el favoritismo desde los principios de mérito y capacidad.**

El Estatuto de O'Donnell, que recibió el título de “Reglamento orgánico de las carreras civiles de la Administración Pública”, sólo estuvo en vigor cuatro meses y no introdujo apenas novedades en la situación precedente, manteniendo idéntico régimen de clasificación por categorías. Ello explica, en parte, la escasa dedicación que este texto ha recibido por parte de la doctrina<sup>59</sup>, aunque, sin embargo, se ha destacado del texto normativo de O'Donnell, su calidad y su prolijidad<sup>60</sup>.

La intervención del Consejo de Estado en el proceso de elaboración de esta norma, no representa demasiada novedad pues ya lo había hecho con el Estatuto de Bravo Murillo. En todo caso, sí se puede apreciar que la intervención de este órgano tiene un mayor peso específico. Así, son muy interesantes las observaciones que efectúa el Consejo acerca de la Administración Pública en su Dictamen de 19 de enero de 1866. Éstas se abren con una afirmación de carácter general que puede entenderse como la constatación de una realidad intemporal:

*En rigor, apenas ley alguna es más difícil de hacer que la relativa al ingreso y ascenso en las carreras civiles en la Administración. Son los servicios públicos de índole tan varia, hay que tener en cuenta condiciones tan diferentes, que no es posible establecer una regla general ni una pauta uniforme aplicable a todos los*

---

<sup>59</sup> Con la excepción de GARCIA-TREVIJANO, J.A.; “Un desconocido precedente de la Función Pública española: El Estatuto de O'Donnell de 1866”, cuyo texto se introdujo después en su *Tratado de Derecho Administrativo* Tomo III, vols. I y II, 1970, págs. 146 y ss.

<sup>60</sup> No en vano se encontraban entre los miembros del gobierno que lo aprobó, figuras como Cánovas del Castillo y Alonso Martínez. Citando a J. A. TREVIJANO, op. cit. pág. 147, si, como decía un político de la monarquía española del siglo XX, “los Gobiernos se deben medir por lo que intentan, más que por lo que consiguen”, este Estatuto de O'Donnell merecería un lugar más destacado que el que le ha sido atribuido.



*casos.*

El dictamen del Consejo hará un recorrido por los que, vistos bajo la perspectiva de los años de evolución, se puede decir que son algunos de los problemas seculares de la Administración Pública. No se trata de otra cosa que de los mecanismos de acceso a las funciones y empleos públicos. En esta línea, se señala como un factor determinante, la prerrogativa real de nombramiento de los empleados que establece la Constitución de la Monarquía. Ciertamente, el Estatuto de Bravo Murillo había tratado de avanzar por el camino del establecimiento de ciertas reglas de orden, pero se va a encontrar de frente con inercias importantes que iban siendo acumuladas en el sistema. Se trata de prácticas que se verán incluso reflejadas en las normas. Así, por ejemplo, el citado dictamen del Consejo de Estado señala críticamente la escasa presencia de requisitos que el Estatuto de Bravo Murillo exigía para el acceso a los empleos superiores lo que contrasta con la abundancia de los mismos cuando se trata de acceder a otros empleos públicos de menor consideración<sup>61</sup>.

Cuando se plantea el problema del nombramiento de los empleados superiores, se está planteando la mayor o menor discrecionalidad del gobierno en sus facultades de nombramiento. Y es que, en cuanto al ingreso en la carrera administrativa, se fueron extendiendo paulatinamente, generalizándose podríamos decir, prácticas arbitrarias; hasta el punto de que el mismo Gobierno consideró urgente sujetar el uso de la facultad discrecional que le competía para el nombramiento de los

---

<sup>61</sup> En una constatación de la trascendencia, y al tiempo permanencia, de cuestiones fundamentales para el empleo público sobre las que continuamente se ha volver, se podría efectuar un paralelismo entre el contenido crítico de aquel Dictamen del Consejo de Estado de 1866 y el relativamente reciente Dictamen del Consejo de Estado de 1998 sobre el Texto del Anteproyecto de Estatuto Básico de la Función Pública. Sin perjuicio de las referencias que más adelante en este Capítulo se hacen sobre este último, se puede destacar en este momento la coincidencia existente entre los dos dictámenes, al apuntar aquellos elementos más conflictivos en la regulación del empleo público, como son, los sistemas de provisión de los puestos, la regulación de la carrera o las clases de personal, entre otros.

funcionarios públicos, a reglas precisas e invariables<sup>62</sup>. En este sentido, la normativa propuesta por O'Donnell enuncia sus objetivos en el propio Preámbulo de la norma, transparentándose de este modo, la situación por la que atravesaba la función pública de la época: *lucha contra el favoritismo mediante el establecimiento de un sistema de acceso basado en los principios de mérito y capacidad y de la estabilidad de determinados funcionarios*.

Por todo ello, y a pesar de la breve vigencia del texto normativo de O'Donnell, merece la pena destacar algunos aspectos de la regulación de este Estatuto. Por una parte, el Reglamento de 3 de marzo de 1866 dispensa un tratamiento a la Administración que denota una seria reflexión acerca del sistema. Así, por ejemplo, destaca un detalle aparentemente poco importante, como es el que en el Preámbulo y en el propio texto de la norma se utilicen indistintamente las palabras *empleados* y *funcionarios*. Sin embargo, ello constituye un antecedente del momento actual en el que la recuperación del término empleado público puede contribuir en gran medida a clarificar la complicada cuestión del personal al servicio de la Administración. Pero sobre esto ya se volverá más adelante en este trabajo.

Otro aspecto destacable, es el relativa a las categorías establecidas en el Estatuto. Éstas son las mismas del Estatuto de Bravo Murillo y en ellas, los subalternos continúan privados de la condición de empleados públicos con fundamento en su desempeño de *tareas manuales*. Como se ha visto, en su momento ello tendrá trascendencia pues servirá de base para una futura distinción entre funcionario y trabajador, ya que ha sido el criterio de la manualidad el que se ha defendido tradicionalmente para negar la condición de funcionario a estos servidores públicos, con el consiguiente sometimiento al derecho laboral<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> Estas son las propias palabras empleadas por el Consejo de Estado en su Dictamen, que continua afirmando la necesidad de que esas reglas impidiesen que “el favor continuara anteponiéndose a la justicia y el influjo de partido, a los merecimientos”.

<sup>63</sup> Pero, por el momento, el derecho del trabajo como rama independiente del ordenamiento jurídico aun no había hecho su aparición en escena. ALONSO OLEA, M.; *La materia contenciosa laboral*, IGO, Sevilla, 1967, págs. 76-77. Este autor señala que hoy ocurre que se reputa como

Por lo demás, quedan detallados en el texto los sistemas de ingreso y los conocimientos previos que eran requeridos para acceder a los empleos públicos. Los ascensos aparecen regulados de manera prolija, diferenciándose turnos de antigüedad, turnos de elección y reingreso de cesantes. No obstante, la estabilidad continuará brillando por su ausencia en los empleos y categorías superiores, para los cuales, el gobierno seguirá reservándose la prerrogativa de separación “ad nutum”<sup>64</sup>. No sucederá igual para el resto del personal, cuya estabilidad sí se declara en atención a un sistema gradual, dependiente de la antigüedad que se ostentase en el empleo público.

Con el nuevo cambio en el poder que supone la llegada de Narváez, este Decreto se deroga de manera inmediata, poniendo de manifiesto, una vez más, la estrecha dependencia existente entre el signo político y la regulación del régimen jurídico del personal al servicio de las instituciones del Estado. Entristece observar el panorama resultante, observar cómo, con cada cambio de gobierno, el recién llegado depura los puestos de la Administración para colocar a los suyos. La derogación de la norma aprobada por O'Donnell, se sostuvo argumentando que, aunque era urgente regular la organización de la carrera administrativa, no se podía limitar la “prerrogativa real de nombramiento de los empleados públicos”, que estaba reconocida en la Constitución de 1845, mediante una norma reglamentaria cuando, sólo mediante Ley, podría hacerse. Y aunque es posible que efectivamente fuera necesaria la aprobación de una norma con rango y fuerza de Ley formal, para ello deberían haberse sumado los esfuerzos de todos los partidos políticos. En cambio, se optó por la derogación total del Reglamento de O'Donnell y ello, como

---

contrato de trabajo el de los trabajadores llamados intelectuales, de un lado, mientras que los entes públicos tienen a su servicio grandes masas de trabajadores de los llamados manuales, “la separación no es tan fácil y es particularmente difícil en España al no existir una noción de obrero para centrarse en la de trabajador”. vid. MONTALVO CORREA, J.; *Fundamentos de Derecho del Trabajo*, Cívitas, Madrid, 1975, págs. 185-188.

<sup>64</sup> De hecho, la propia Exposición de Motivos justificaba la libre remoción de sus cargos de los puestos superiores por considerar que determinados puestos deben estar ocupados por empleados identificados “con las miras y propósitos del gobierno”.

acertadamente se ha señalado, no fue sino un acto de partidismo radical<sup>65</sup>, porque la regulación derogada representaba un paso más en pos de la corrección y la estabilidad, aunque no fuera total, de los funcionarios públicos, y podría haber supuesto un paso adelante en la consecución de la neutralidad política de aquéllos.

## 2.5. La cristalización del proceso

La constante alternancia entre gobiernos conservadores y liberales a lo largo de los primeros años del siglo XX, hace muy difícil que se pueda llevar a cabo una reforma administrativa con vocación de permanencia<sup>66</sup>. Aparte de esto, la llamada cuestión social irá adquiriendo más relevancia como consecuencia del fortalecimiento de las organizaciones sindicales, de los efectos del desastre de 1898 y de la aparición de las primeras reivindicaciones autonomistas. Todo ello hará que las cuestiones relativas a la Administración, o si se quiere, las “cuestiones domésticas”, pasen a ocupar un segundo plano<sup>67</sup>. Verdaderamente, los sucesivos gobiernos llevarán a cabo, más que nada, meras labores de gestión muy condicionadas por los cambios constantes consecuencia de los turnos en el poder. En esta situación, la política de personal no hará sino ir acumulando problemas y frustración hasta que la llegada de una fuerte crisis político social en 1917, conseguirá remover los obstáculos para la elaboración de una ley de empleados<sup>68</sup>.

---

<sup>65</sup> En palabras de TREVIJANO, J.A.; quien sostiene que “la burocracia debió más a los progresistas que a los moderados”. En el estudio histórico contenido en su *Tratado de Derecho Administrativo*, se contienen reflexiones muy interesantes efectuadas al hilo de la exposición histórica y que resultan plenamente vigentes en el momento actual, op. cit. pág. 164.

<sup>66</sup> Con todo y con ello, se ha señalado la importancia del debate sostenido sobre la reforma administrativa en el ámbito local, con ocasión del proyecto de Maura de 1907, Vid. TUSELL GÓMEZ, J.; *La reforma de la Administración local en España (1900-1936)*, IEA, 1973, pág. 91.

<sup>67</sup> Para un estudio en profundidad de la época y de las circunstancias políticas y el entorno social que rodea la evolución legislativa de la función pública se recomienda el interesante y profundo estudio que realiza JIMÉNEZ ASENSIO, R.; *Políticas de selección...*, op. cit. en las págs. 182 y ss.

<sup>68</sup> JIMÉNEZ ASENSIO, R.; *Políticas de selección...*, op. cit. en la pág. 186. También sobre este contexto socio-político que se encuentra detrás de la norma puede verse el trabajo de NIETO, A; “Concepciones burocráticas y reformas funcionariales”, en *Estudios Históricos sobre Administración y derecho administrativo*, Madrid, 1968, págs. 313 y ss. En efecto, el autor afirma

Así, aparece en escena la Ley de Bases de 22 de julio de 1918, que contenía un nuevo Estatuto de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado. Puede decirse que fue un logro gubernamental la aprobación de la citada Ley a pesar “del efímero gobierno de concentración nacional de Antonio Maura”<sup>69</sup>. Dicho sea todo ello sin perjuicio de la peculiaridad que supone el que la citada Ley de Bases pudiera ser desarrollada, como lo fue, por distintas órdenes ministeriales<sup>70</sup>. En cualquier caso, dejando a un lado los aspectos técnicos<sup>71</sup>, el Estatuto de Maura representa la culminación de todo un proceso de progresivo reconocimiento de la inamovilidad y el establecimiento de garantías frente al favoritismo. Así, tomando como modelo la regulación de los cuerpos especiales, se propone acabar con las cesantías mediante la garantía de la inamovilidad. Se propone generalizar la fórmula de las oposiciones como mecanismo de ingreso y mantener el régimen de categorías y el criterio de la antigüedad para el ascenso. La nueva ley aparece, así, fuertemente enraizada en el pasado inmediato de nuestra legislación administrativa y no puede decirse que sea innovadora, pero es formalmente correcta y políticamente adecuada puesto que logrará neutralizar la fuerte demanda y contestación social existente y ello pese a tratarse de una obra rodeada de todos esos condicionantes de la inestabilidad, de las dificultades económicas y de la premura<sup>72</sup>.

---

que la reforma legal de 1918, que ha sobrevivido formalmente hasta 1964, sólo puede ser entendida en el contexto histórico de la crisis política y social de 1917 (pág. 315 *in fine*).

<sup>69</sup> JIMÉNEZ ASENSIO, R.; Políticas de selección..., op. cit. pág. 225.

<sup>70</sup> La Base Primera del Estatuto contemplaba la posibilidad de que cada Ministerio dictase su propio reglamento de personal, aunque debía darse comunicación al Consejo de Ministros. El citado desarrollo se complementa con la Orden de 7 de septiembre de 1918 relativa a los funcionarios técnicos o especiales.

<sup>71</sup> Al margen de que resultara criticable por la doctrina, lo cierto es que este desarrollo reglamentario de la Ley de Bases “fue uno de los puntos que más dificultaron la implantación real de la nueva normativa”, PALOMAR OLMEDA, A.; *Derecho de la Función Pública*, op. cit. pág. 162

<sup>72</sup> Vid. GONZÁLEZ ANTON, R; op. cit., pág. 33. NIETO, A.; por su parte, considera que el Estatuto de funcionarios de 1918 expresa el signo de la victoria gubernamental y conservadora: en el estatuto se prohíbe a los funcionarios el derecho de huelga, se limita drásticamente la facultad de asociación y se aumentan las retribuciones. De ello se derivarán importantes consecuencias. El precio que tuvo que pagar la Administración Pública se expresa en la ruptura de los burócratas con la administración, de la que se consideran simples asalariados y en permanente tensión con su

Desde el nuevo texto normativo se emprende una “sistematización de las cesantías”<sup>73</sup>, con el propósito de reconducirlas a situaciones administrativas tasadas, esto es, a situaciones que presentan cada una un contenido propio por el cual se provoca el cese o la separación definitiva del funcionario del servicio público. De este modo, se trata de alejar la cesantía de aquella concepción que la presenta como una causa genérica de separación con connotaciones políticas. A partir de este momento, las causas por las que el funcionario público podía ser cesado de su puesto quedan limitadas reglamentariamente en cinco<sup>74</sup>: Cesantía automática, si no se tomaba posesión del destino tras el ingreso (art. 22). Cesantía automática, por abandono del cargo, o por ausentarse sin licencia (art. 30). Cesantía automática, por dejar transcurrir más de diez años sin solicitar el reingreso tras una excedencia (art. 49). Cesantía por motivos disciplinarios, como consecuencia de faltas muy graves (arts. 60 y 62), y Cesantía por conveniencia del servicio (art. 66). Esta última especie de cesantía será declarada por el Consejo de Ministros cuando aprecie, discrecionalmente, la concurrencia de este concepto jurídico indeterminado llamado “necesidad del servicio”. Habida cuenta de ello, se puede decir que pese a la formal desaparición de las cesantías políticas, sigue manteniéndose encubierto bajo la mencionada fórmula, el cese por motivos políticos que aparentemente había desaparecido tras la publicación del Estatuto<sup>75</sup>.

La cuestión de mayor trascendencia de entre las que caracterizarán el desarrollo

---

patrón. Vid. op. cit. *Estudios Históricos sobre Administración y Derecho Administrativo*, INAP, 1986, pág. 320.

<sup>73</sup> PALOMAR OLMEDA, A; *Derecho de la Función Pública*, 6ª ed. pág. 164.

<sup>74</sup> Se establecían en el citado Reglamento de 7 de septiembre de 1918.

<sup>75</sup> Si bien es cierto que ese acto administrativo de naturaleza discrecional, no reglado, por el se decretaba la cesantía por necesidades del servicio, debía sujetarse en todo caso a determinados requisitos formales como la notificación al interesado, la indicación de la causa, la audiencia por escrito, la publicación de la medida y su comunicación a las Cortes. Además, era posible su impugnación por motivos de forma. Puede que por ello, o por el coste político que podían acarrear, lo cierto es que no se llevaron acabo depuraciones en masa bajo el amparo de esta fórmula, como hubiera cabido esperar. Vid. MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, I; *Régimen jurídico de la Función Pública y derecho al cargo*, Civitas, 1995.

administrativo durante el siglo XIX será la dialéctica entre movilidad-inamovilidad<sup>76</sup>. Así, uno de los objetivos declarados de la Ley fue lograr la inamovilidad de los servidores públicos y, efectivamente, la virtud del Estatuto reside en la generalización de la garantía de la estabilidad. Ahora bien, éste no fue un objetivo absoluto porque antes del Estatuto de 1918 ésta se había ido logrando mediante conquistas parciales de determinados cuerpos que la incorporaron a sus respectivos reglamentos<sup>77</sup>, y el empleado común, por su parte, también gozaba de una relativa estabilidad a raíz de la normativa departamental que se había ido desarrollando.

Entre las otras aportaciones importantes del Estatuto, como la implantación de un sistema de ingreso basado en la oposición y la clasificación de los empleados, ya mencionadas, destaca el establecimiento de un sistema de carrera muy elaborado. Así, los Cuerpos Generales se estructuran en personal técnico y personal auxiliar. Cada personal se organiza en dos escalas independientes; la escala técnica contará con tres categorías y la escala auxiliar tendrá una sola categoría. De entre toda la clasificación, resulta importante destacar la situación en la que queda el personal subalterno<sup>78</sup>. Por primera vez se otorga a este personal la categoría de funcionario, regulándose los sueldos, el ingreso y el ascenso. Ya en 1922 se creará el Cuerpo General Subalterno, que dividido en cinco clases, resulta escalafonado según una escala formada por porteros, ordenanzas, mozos de oficina y similares. Este es el

---

<sup>76</sup> JIMÉNEZ ASENSIO, R.; "Cuerpos generales *versus* cuerpos especiales: La fragmentación de la Función Pública española", *Revista Vasca de Administración Pública* n° 23, 1989, pág.88.

<sup>77</sup> El Estatuto de 1918 estuvo en vigor cerca de medio siglo; durante este periodo no sólo no se homogeneizó el sistema de la función pública española, sino que el foso de separación entre los cuerpos generales y especiales llegó a abrirse hasta límites insospechados. Vid. GARRIDO FALLA, F.; *Reformas de la Función Pública*, op. cit. Pág. 43.

<sup>78</sup> Hay que señalar que en torno a esta cuestión no hay unanimidad en la doctrina. GUTIERREZ RENÓN, A. señala que las disposiciones reguladoras de la carrera del personal contenidas en la ley de 1918, no serán aplicables al personal subalterno "que la ley no considera funcionarios, y respecto al cual autoriza a los Ministerios a formar las correspondientes plantillas y reglamentar su ingreso, ascenso y haberes", vid.: "La carrera administrativa en España: evolución histórica y perspectivas", en *Documentación Administrativa*, n° 210-211, 1987, pág. 36.

origen del Cuerpo de Porteros de los Ministerios civiles<sup>79</sup>.

Como se anticipaba en páginas precedentes, la adquisición de la condición de funcionario por parte del personal subalterno, con la creación de cuerpos funcionariales con tareas de contenido manual, rompe la incompatibilidad entre el trabajo no intelectual y la condición de funcionario, quedando planteada, así pues, la cuestión de la distinción entre funcionarios y trabajadores. Este es un momento crucial<sup>80</sup> en el origen de la distinción de regímenes jurídicos de quienes desempeñan actividades para la Administración, pues supone la ruptura de la tradicional fórmula según la cual el trabajo intelectual quedaba reservado para los funcionarios<sup>81</sup>. A partir de ahora se inaugura la que será una constante distinción entre dos clases de personal sujeto cada uno a regímenes jurídicos diferentes, y que, sin embargo, realiza funciones indiferenciables<sup>82</sup>.

Junto a la regulación antedicha, también tienen relevancia las normas dedicadas a la regulación del ingreso, por tratarse de normas que reordenan todo el proceso de

---

<sup>79</sup> Decreto Ley de 5 de mayo de 1924.

<sup>80</sup> GODINO REYES, M.; *El contrato de trabajo en la Administración Pública*, Civitas 1996, pág 75.

<sup>81</sup> Andando el tiempo, la Ley de Contrato de trabajo de 1931 de 21 de nov., acabará reflejando dicha ruptura con la tendencia anterior al extender su protección a todo el que trabaja por cuenta ajena, cualquiera que sea su trabajo y excluyendo expresamente, dejando fuera del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo a los funcionarios públicos (art. 8). Dicho esquema se reproducirá después por la Ley de Contrato de Trabajo de 1944. Vid. DE LA VILLA GIL, L.E.; *La formación histórica del Derecho Español del Trabajo*, Comares, 2003, págs. 302 a 305 y 510.

<sup>82</sup> En este sentido se encaminan las reflexiones posteriores sobre esta circunstancia efectuadas por DE LA VILLA GIL, L.E.; "Sobre el personal no funcionario al servicio de la Administración Pública", *Documentación Administrativa* n° 114, 1962, págs. 7 y ss. En este epígrafe, afirma que es anacrónico que sólo puedan ser considerados trabajadores aquellos que desempeñan tareas manuales (los obreros). Esta reflexión es importante y merece ser comentada porque ya hemos mencionado que hay autores (GODINO REYES) que sitúan el inicio de la confusión entre uno y otro régimen en la Administración Pública en el hecho de la funcionarización de los trabajadores subalternos al servicio de la Administración que se lleva a cabo en el estatuto de Maura. La situación entonces quedará dibujada de la siguiente forma: Por una parte, habrá funcionarios que realicen tareas manuales y por otra, comienza a verse "anacrónico" (DE LA VILLA) el criterio legal (Ley de 26 de diciembre de 1958) de que sólo los obreros (trabajadores manuales) puedan generar una relación jurídico-laboral. Como señaló DIÉGUEZ, G.; *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Civitas, 1988, págs. 54 y ss.; la propia constitución histórica de la función pública ha sido totalmente extraña al fenómeno del trabajador industrial.



selección y generalizan el sistema de oposición como mecanismo selectivo de los empleados públicos<sup>83</sup>. Asimismo, se puede percibir el énfasis que se pone en la formación del funcionario. Por lo demás, y desde un punto de vista crítico, el Estatuto de Maura descuida la creación de órganos administrativos centrales para la gestión del personal y no logrará reducir las plantillas amortizando vacantes. La norma pretendía en su origen responder a un conjunto de reivindicaciones de los empleados públicos<sup>84</sup>, pero no logrará integrarlas en un modelo definitivo, dentro de una concreta política de personal. No obstante, si por estatuto se entiende el conjunto de normas que regulan la vida profesional de los empleados públicos, la Ley de Bases de 1918 logrará parecerse bastante ello, esto es, a un régimen jurídico general regulador de la prestación de servicios profesionales para la Administración<sup>85</sup>. La citada normativa permaneció vigente, formalmente al menos, por más de cuarenta años, hasta que la Ley de Bases de 20 de julio de 1963 llevó a cabo la reforma de la función pública española. El Estatuto soportará las continuas oleadas de reformas puntuales que se sucedieron constantemente desde uno y otro signo político, al hilo de los avatares históricos<sup>86</sup>.

## **2.6. La andadura del sistema al compás de los cambios de régimen político**

Indudablemente, el empleo público resultará marcado por la inestabilidad política que caracteriza la historia española de la primera mitad del siglo XX. Tal como se anticipaba en el epígrafe anterior, el periodo de cuarenta y seis años de vigencia de la Ley de Bases de 1918, coincidirá con tres cambios de régimen

---

<sup>83</sup> El elemento criticable era que se dejaba en manos de cada departamento ministerial el control y el desarrollo de las pruebas, lo que las hacía excesivamente heterogéneas y departamentalizadas.

<sup>84</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, pág. 41.

<sup>85</sup> MIÑAMBRES PUIG, C.; op. cit. pág. 104.

<sup>86</sup> Para el estudio del desarrollo y la formación del Derecho del Trabajo durante este periodo puede verse; DE LA VILLA GIL, L.E. y PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.; *Introducción a la economía del trabajo*, vol. I, Debate, 1980; vid. también, PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.; *Derecho del Trabajo e ideología. Medio siglo de formación ideológica del Derecho español del Trabajo, 1873-1923*, Akal, 1980.

político: Dictadura de Primo de Rivera, II República y régimen franquista. Ello sin contar con la Guerra Civil. Así pues, por fuerza se habría de ver la Administración sometida a la presión de las políticas antagónicas protagonistas de nuestra historia reciente. Como consecuencia de estos factores, el sistema acusara un importante desgaste, que incluso podría llamarse degradación.

La primera intervención en la burocracia que se debe reseñar dentro de este periodo, por las características peculiares que reviste, se debe al General Primo de Rivera. La forma que éste tuvo de enfrentar los problemas de la administración de su tiempo fue la adopción de medidas aisladas encaminadas a atajar, bajo la amenaza de sanciones o la imposición de obligaciones inexcusables, los males que aquejaban a la función pública. Un buen ejemplo, representativo de este modo de gobernar la Administración, puede verse en el hecho de que si, por ejemplo, se constataba el frecuente abandono de funciones por parte de los empleados, se disponía, bajo amenaza de las más graves sanciones, la obligación de asistir puntualmente a la oficina<sup>87</sup>. Da la impresión de que era como si bastara tan solo la aparición formal de una norma imperativa para poner coto a prácticas que estaban fuertemente enraizadas y que probablemente no eran sino síntomas de un proceso más grave. Se comprende, pues, que esta forma de gobernar tampoco traiga cambios significativos en la inercia del aparato burocrático. Tanto es así que, pese a las líneas de ofensiva dirigidas a atajar la acumulación y exceso de empleados ociosos, el pluriempleo, las recomendaciones o el incumplimiento de los horarios, lo cierto es que el régimen administrativo demostró ser más tenaz y poderoso que el político y en poco tiempo supo ofrecer al Dictador un frente elástico y por tanto invulnerable frente a sus acometidas que, por otra parte, adolecían de una excesiva simplicidad y de una falta de conocimiento profundo de la realidad social sobre la que iban a ser

---

<sup>87</sup> Real Orden de 17-9-1923: "A partir de la publicación de esta R.O. en la Gaceta de Madrid los funcionarios públicos prestarán los servicios de empleo (.....), todos los días laborables y sin interrupción alguna, desde las nueve de la mañana hasta las dos de la tarde. Se declaran cesantes los empleados de todas las dependencias oficiales que por viciosa costumbre, por incumplimiento de su deber y por censurable tolerancia de sus jefes, no asistan habitualmente a las oficinas".

aplicadas<sup>88</sup>.

En este contexto, hay que situar también el descontento general por la grave insuficiencia de las retribuciones. Circunstancia que unida a la resistencia de la Hacienda a cualquier revisión general de los sueldos, hizo aumentar la imaginación de los funcionarios “en busca de toda suerte de argucias que permitan elevaciones parciales”<sup>89</sup>. En este aspecto, se puede comprobar cómo el particularismo de los cuerpos especiales, al igual que antaño había permitido privilegiados accesos a la tan ansiada inamovilidad, se revela, una vez más, como un instrumento adecuado para lograr ventajas particulares que protegían a estos funcionarios frente al deterioro de las retribuciones.

En este periodo destaca también el intento codificador reflejado en el Código de Trabajo de 1926, cuya Exposición de Motivos trataba de justificar su carácter de código, antes que de mera recopilación, si bien es cierto que, en realidad, y sin perjuicio de su trascendencia, se aproximó más a lo segundo que a lo primero. Pues bien, en el Título II de este Código de Trabajo de 1926, se incorporó una regulación sobre el contrato de trabajo en las obras y servicios públicos, proveniente, con algunas modificaciones, de la regulación aparecida a partir de 1902. Se trataba de una regulación encaminada al aseguramiento de las condiciones de trabajo en este sector mediante el establecimiento de obligaciones a los concesionarios de obras o servicios públicos, entre las que se incluían la de celebrar un contrato con los obreros empleados en el que se estipulase la duración, los requisitos para la denuncia, el número de horas de trabajo y el precio del jornal, entre otras previsiones. Con posterioridad, el Real Decreto-Ley de 6 de marzo de 1929, establecía medidas para evitar que los contratistas incumplieran las obligaciones de los contratos de trabajo formalizados, por medio de la determinación en los pliegos

---

<sup>88</sup> Véanse las palabras de NIETO, A.; *Estudios históricos sobre Administración y Derecho Administrativo*, op. cit. pág. 324.

<sup>89</sup> GUTIERREZ REÑÓN, A.; “La carrera administrativa.....” op. cit. pág. 39

de condiciones, de los requisitos. Como ha señalado DE LA VILLA<sup>90</sup>, “se trataba de normas muy detalladas que daban entrada a un régimen fuertemente heteronómico”.

Con la Segunda República se pone de manifiesto un aspecto nuevo en la evolución de la administración española: su independencia del poder político. Este elemento jugará luego un factor importante en el proceso de reconocimiento de los derechos colectivos. A lo largo de su evolución, se percibe que la Administración se hallaba sometida al poder político como un instrumento útil a su servicio. Con el progresivo reconocimiento de la inamovilidad, la burocracia tomará conciencia de la importancia de su papel y lo hará valer, como se ha visto, incluso de manera revolucionaria en la crisis de 1917. Sin embargo, una vez neutralizado enérgicamente este potencial, la situación resultante será una suerte de “recíproco anulamiento”<sup>91</sup>. La burocracia verá cerrada su posible intervención en la política, pero, por su parte, la política tampoco podrá ya influir en la burocracia. Esto es lo que ocurrió durante la Dictadura, en la que los intentos de reorganización fracasaron por completo, y esto es lo que sucederá también durante los años de la Segunda República.

A resultas de la mencionada crisis de 1917, se había venido manteniendo un importante movimiento asociativo funcional que se encuentra muy relacionado con estos elementos característicos de la función pública señalados en el párrafo anterior. Dicho movimiento, perceptible también en el ámbito militar, se dejaría ver con especial énfasis en las primeras décadas del siglo XX. No obstante, existía una clara separación respecto al sector laboral. Ello se plasma en el tratamiento diferenciado que recibió este asociacionismo en la regulación del estatuto de 1918, que limitó drásticamente la facultad de asociación<sup>92</sup>. La diferencia con el contexto

---

<sup>90</sup> DE LA VILLA GIL, L.E.; *La formación histórica del Derecho Español del Trabajo*, Comares, 2003, pág. 200.

<sup>91</sup> NIETO, A.; *Estudios históricos sobre Administración y Derecho Administrativo*, op. cit. pág. 327.

<sup>92</sup> En lo referente a la separación provocada por esta regulación entre la Administración y sus

de los trabajadores se iba a ver mucho más acentuada con la Segunda República, pues la Constitución de 1931 separaba claramente a los servidores públicos, a efectos asociativos, de los sindicatos (artículo 41)<sup>93</sup>. Ello se trasladaría después a la ley ordinaria<sup>94</sup> que los excluirá de las normas que regulan los sindicatos y las asociaciones empresariales en el ámbito laboral<sup>95</sup>.

De este modo, a la deslaboralización de los funcionarios públicos contenida en el Código de Trabajo de 1931<sup>96</sup>, viene a sumársele la especialidad existente en lo tocante al ejercicio de los derechos colectivos, con ello surgirá un nuevo rasgo configurador del paradigma. A pesar de todo, los derechos colectivos serán piedra de choque, elementos dinamizadores del sistema, una vez instaurada la Democracia; pero no será un proceso homogéneo, ni exento de dudas doctrinales. Llegado el momento se hará referencia concreta sobre el particular, por ahora basta dejar constancia de su aparición en escena.

La Guerra Civil transformará radicalmente el panorama de la Administración<sup>97</sup>. Dadas sus características, la Guerra Civil española de 1936-1939 tuvo una gran

---

funcionarios, vid. NIETO, A.; op. cit. pág. 320.

<sup>93</sup> La Constitución de 1931 reconocía el derecho de los funcionarios públicos "a constituir asociaciones profesionales que no impliquen injerencia en el servicio público que les estuviere encomendado", art. 41. párrafo cuarto.

<sup>94</sup> Ley de 8 de abril de 1932. Vid. PARADA VÁZQUEZ, R. *Sindicatos y Asociaciones de Funcionarios*, Tecnos, 1968.

<sup>95</sup> DEL REY GUANTER, S.; "Evolución general y problemática fundamental de las relaciones colectivas en la Función Pública" en *Seminario sobre relaciones colectivas en la Función Pública*, Instituto Andaluz de Administración Pública, 1989, pág. 36.

<sup>96</sup> Por el contrario, los trabajadores al servicio de la Administración Pública, civil o militar, quedan sometidos a las normas laborales. La Orden de 30 de junio de 1933 recuerda a los municipios la obligación en que se encuentran de "cumplir con respecto a sus empleados y obreros, las leyes de trabajo". Vid. DE LA VILLA GIL, L.E.; *La formación histórica del Derecho Español del Trabajo*, Comares, 2003, pág. 306.

<sup>97</sup> Para un estudio detenido acerca de la evolución en paralelo de las legislaciones republicana y nacional durante este periodo, incluidas referencias a sus respectivas administraciones, puede verse, DE LA VILLA GIL, L.E.; "El Derecho del Trabajo en España durante la Guerra Civil" en, AA.VV.: *Actas del II Symposium Historia de la Administración*, IEA, 1971, págs. 605 a 668.

importancia en la configuración de nuestra Administración Pública<sup>98</sup>. En aquellas condiciones, es fácilmente imaginable el reclutamiento precipitado que se produjo: ello generará una gran cantidad de personal cuya tendencia, después, será la de obtener su consolidación como funcionario. A este propósito ayudará la multitud de vacantes. Porque, entre las medidas depuradoras que diezmaron considerablemente los efectivos, las bajas producidas después de tres años de guerra, y la enorme emigración, mejor dicho Exilio, se puede comprender el panorama de postración en que se encontraba la Administración en 1939<sup>99</sup>.

No es posible obtener una visión clara acerca de cómo afectarán todos estos factores en la consolidación de quienes habían ingresado en tiempos de guerra<sup>100</sup>. Tampoco se posee una información exacta relativa a la existencia de cupos de preferencia para los que reunieran determinadas condiciones, como ser mutilados de guerra, ex combatientes o familiares de víctimas de guerra. Lo cierto es que el enorme vacío de la vida pública se fue cubriendo a través de los cuerpos de funcionarios, llamados superiores, que en los años de la posguerra aumentaron sus privilegios y dominaron claramente las áreas burocráticas que habían quedado

---

<sup>98</sup> GUTIERREZ REÑÓN, A.; "La carrera administrativa....." op. cit. pág. 40. En las líneas dedicadas al conflicto, este autor destaca la distribución geográfica del mismo como un factor determinante en la configuración de nuestra Administración a partir de estos momentos. Madrid, donde se encontraban la mayor parte de los funcionarios quedó en manos de la República (por Decreto de 21 de julio de 1936 se dispuso la cesantía de todos los empleados que hubieran tenido participación en el movimiento subversivo o fueran notoriamente enemigos del régimen). Por su parte, la sublevación militar tuvo que crear un núcleo de Administración civil que fue ampliándose a medida que se extendía la zona sometida a su control.

<sup>99</sup> Finalizada la guerra, se aprueba la Ley de 8 de agosto de 1939 que reestructura la Administración central del Estado adecuándola a la nueva situación. De esta época interesa también destacar aquí la adscripción a la Secretaría General del Movimiento de toda la estructura sindical que se configura a partir de 1940. La funcionarización de este colectivo dominado por sectores falangistas, hace que éstos, poco a poco, se vayan incardinando en el sistema olvidando sus metas más "revolucionarias". Esta fue una decisión acertada del franquismo inicial de cara a la neutralización del sector más proclive al control del aparato estatal. Vid. JIMÉNEZ ASENSIO, R.; *Políticas.....* op. cit. pág. 344

<sup>100</sup> Lo que contrasta con la abundante y destacada bibliografía existente acerca de la guerra civil española como ha puesto de manifiesto DE LA VILLA GIL, L.E.; "El Derecho del Trabajo en España durante la Guerra Civil" en, AA.VV.: *Actas del II Symposium Historia de la Administración*, IEA, 1971, págs. 605 a 668;

abandonadas<sup>101</sup>. Este señalado proceso de patrimonialización de la Administración española, alcanzará su culminación con el siguiente relevo generacional que fue protagonizado por empleados públicos poseedores de un carácter marcadamente técnico en contraposición a la antigua burocracia que había estado hasta el momento en primera línea. La eficacia, la tecnocracia, marcarán desde ese momento la organización de lo público. Y serán estos funcionarios de los cuerpos superiores los que tendrán en todo el proceso subsiguiente un papel fundamental<sup>102</sup>.

A esta nueva clase emergente cabe atribuirle el profundo cambio operado dentro del sistema en los años subsiguientes. A la expresión de dicha transformación, que será la Ley de 1964, se dedica el próximo epígrafe, pero antes, se puede percibir cómo el momento que lo antecede arrojaba ya los elementos sobresalientes, los elementos caracterizadores de lo que podría integrarse dentro de un hipotético *estatuto del empleado público*: *Inamovilidad*, como garantía de cierta permanencia o al menos, independencia del poder político. Muy relacionada con lo anterior, precisamente como fundamento de dicha estabilidad o permanencia del empleado público, selección del personal basada en sistemas de oposición. Ello representa las bases de los futuros *sistemas de ingreso* según el mayor mérito y capacidad de los aspirantes. En lógica respuesta de lo anteriormente señalado, se articulan *sistemas de carrera* en el servicio público que tratan de racionalizar la organización del empleo al tiempo que proveer un sistema eficaz para los fines a los que éste debe enderezarse.

Y precisamente en el momento en el que se organiza la estructura del personal, se clasifica y se establece, como decimos, un sistema de carrera, se pone de manifiesto la existencia de dos clases de personal. Primero, con la figura de los subalternos cuyo desdibujado estatuto jurídico en el marco de las primeras

---

<sup>101</sup> NIETO, A. op. cit.

<sup>102</sup> Si se repasan los títulos de los ministros y altos cargos de aquellos gobiernos, puede comprobarse la veracidad de esta afirmación: catedráticos, abogados del Estado, ingenieros sin pasado político notorio, serán los que dirigirán el país. Vid. NIETO, A.; op. cit. pág. 340.

regulaciones parece indicar una clara diferencia, una vez ya establecida la ausencia de consideración de este personal como empleado público, y cuando se procede a la funcionarización de las funciones encomendadas a los subalternos, se pone de manifiesto la existencia de una sempiterna *dualidad* en nuestro modelo de empleo. Finalmente, se puede añadir un último elemento a la lista, como es el que surge con la paulatina consolidación de un derecho obrero. Las peculiaridades en el ejercicio de los derechos colectivos por parte de los empleados públicos serán un rasgo distintivo altamente cualificado que acompañará, en adelante, a la regulación del estatuto jurídico de los servidores públicos. Y ello será así de una manera fáctica o, de una manera que posteriormente quedará expresamente reflejada en las normas.

### 3. LA TÍMIDA APARICIÓN DE UN SISTEMA DE EMPLEO

La reforma llevada a cabo en 1964 puede considerarse, sin duda, como una de las más importantes y decisivas en la definición del régimen español de los funcionarios públicos<sup>103</sup>. Es cierto que, como ya se ha señalado, el conjunto organizado de normas que regulan la vida profesional de los funcionarios existía ya desde la aprobación de la normativa de Maura pero, la Ley de Bases de 20 de julio de 1963, que quedó plasmada como texto articulado en la Ley de Funcionarios Civiles del Estado por el Decreto 315/1964, de 7 de febrero, representó un fuerte avance respecto a sus precedentes. Esto es perceptible, no sólo por la regulación que incorpora, como seguidamente se verá, sino también porque aún en la actualidad continua vigente parte de su articulado y porque sigue siendo la base sobre la que se han ido produciendo las posteriores intervenciones legislativas<sup>104</sup>.

Hay que tener en cuenta el contexto en el que llega la reforma de 1964. Los años sesenta coinciden con un periodo generalizado de reforma administrativa<sup>105</sup>, si

---

<sup>103</sup> PALOMAR OLMEDA, A.; *Derecho de la Función Pública*, pág. 165.

<sup>104</sup> Vid. GONZÁLEZ ANTON, R; op. cit., pág. 41.

<sup>105</sup> Este momento de tendencia reformista que tiene lugar en España en este periodo, se ha



bien, el impulso reformista no era nuevo, se había iniciado al principio de los años cincuenta como consecuencia de la concurrencia de una serie de factores que, en la España de aquellos momentos, dibujaban la oportunidad de acometer determinados cambios. Para esto se contó con técnicos y juristas de gran talla que, guiados por el objetivo de la eficacia, buscaron la adecuación de la estructura administrativa a las nuevas demandas de la sociedad y al tiempo impulsaron la aprobación de una serie de textos legales de gran calidad<sup>106</sup>. Con todo ello, se iba allanando el camino de nuestra equiparación con los Estados de corte liberal occidental<sup>107</sup>.

En el momento en el que llega la Ley de 1964, es claramente constatable una disociación entre la realidad administrativa y las previsiones normativas que la regulaban. Para entender mejor el significado que tiene la regulación que la Ley incorpora, es conveniente aislar cada uno de aquellos elementos que anteriormente se señalaban como configuradores del paradigma del empleo público y analizar por separado el tratamiento que reciben. Esta exhaustividad en el tratamiento de sus contenidos se justifica, sin duda, por la importancia que reviste la Ley de Funcionarios Civiles del Estado.

### 3.1. El mérito y la capacidad

Como no podía ser de otro modo, propio de este contexto reformista será el

---

señalado por varios autores, empezando por SÁNCHEZ MORÓN, M.; *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, 1996, pág. 43; PALOMAR OLMEDA, A.; *Derecho de la Función Pública*, Dykinson, 2001, pág. 165; en especial puede verse: JIMÉNEZ ASENSIO, R.; en *Políticas....op. cit.* pág. 380, que desarrolla un estudio en profundidad sobre este contexto reformista con un importante aporte bibliográfico en el que destaca: GUAITA, A.; "Veinticinco años de la Administración española: 1939-1964", *Documentación Administrativa*, nº 78-79, pág. 10 y GARRIDO FALLA, F.; *La nueva legislación de funcionarios en España*, 1964.

<sup>106</sup> Ley de Expropiación Forzosa de 1954, Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, o la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958.

<sup>107</sup> De nuevo me remito al estudio que realiza JIMÉNEZ ASENSIO, R.; en *Políticas....op. cit.* pág. 379, en donde analiza en profundidad los condicionantes, el trasfondo político en el que sitúa las reformas. Así, por ejemplo, señala que la pretensión última de todas estas reformas sería "cubrir con un manto de silencio el angosto estado del sistema de las libertades públicas", pág. 380.

interés por reforzar la profesionalidad del personal de la Administración. El sistema de oposición como mecanismo de selección se encontraba ya fuertemente implantado en esos momentos, pero había que mejorar los defectos de los que adolecía: pruebas excesivamente memorísticas, escasa cualificación de los miembros de los jurados de evaluación, falta de homogeneidad en la realización de las pruebas... Es por ello que las medidas que se pusieron en práctica pretendían racionalizar los procesos selectivos y mejorar las disfunciones detectadas<sup>108</sup>.

En estos momentos, se observan en paralelo dos tendencias. Por una parte, se regula un sistema general de oposiciones y concursos que es aprobado por Decreto<sup>109</sup>. Y, en segundo lugar, en un sentido opuesto por completo al afán racionalizador y profesionalizador del acceso a las funciones públicas, se ponen en marcha prácticas de reubicación de excedentes militares a los que se ofrecía la posibilidad de pasar a prestar servicios en organismos civiles<sup>110</sup>.

Según el sistema que establece la LFCE, el acceso a los cuerpos generales de funcionarios se efectuará mediante pruebas selectivas con convocatoria pública. Una vez superadas estas pruebas, los candidatos serán nombrados funcionarios en prácticas con el deber de seguir un curso selectivo y un periodo de prácticas. De modo que la oposición será el mecanismo general de entrada a la Administración a través de los cuerpos generales. No obstante, el art. 24.3 de la LFCE contiene una excepción para los cuerpos especiales cuyo acceso será regulado a través de su normativa específica. Así, pese a que se hacía real la vigencia de los principios de mérito y capacidad en el acceso a través de la oposición que resultaba ser el sistema dominante de acceso a la función pública española, no se excluía que en determinados supuestos se optara por el sistema del concurso-oposición tal como

---

<sup>108</sup> JIMÉNEZ ASENSIO, R.; en *Políticas....op. cit.* pág. 390 y ss.

<sup>109</sup> Decreto de 10 de mayo de 1957.

<sup>110</sup> Prácticas que, por otra parte, habían sido una constante histórica y a las que, JIMÉNEZ ASENSIO, R.; en *Políticas....op. cit.* pág. 392, no duda en calificar de “disparate” en esos momentos en los que se estaba impulsando un proceso de racionalización administrativa.

quedaba establecido en determinados reglamentos de cuerpos especiales (cuerpos docentes, ingenieros...). Esta realidad evidencia un panorama de disparidad de sistemas propio de una situación de fragmentación corporativa.

A todo ello viene a sumarse la presencia, legalmente prevista, como veremos, de otro tipo de personal. En efecto, junto a los funcionarios y a los contratados administrativos cuya regulación es objeto de atención en otra parte de este trabajo, aparecen los contratados laborales cuyo vínculo jurídico con la Administración se encuentra regulado por las normas del Derecho del Trabajo. Con ello se daba el respaldo definitivo desde el punto de vista de su expresa admisión en un texto legal, a la presencia de este tipo de personal entre los servidores públicos, pues hasta entonces su existencia, como se sabe, se había circunscrito más bien a unos contornos imprecisos, difuminados, poco definidos de las lagunas normativas acerca de este particular.

Pero el principal problema que esta opción representaba en lo relativo al sistema de acceso, era precisamente éste: el sistema de acceso. Indudablemente, los contratados e interinos, en general, representaban un recurso flexibilizador de las políticas de personal. Ello se hacía más acusado respecto al mecanismo de acceso, pues la selección de estos efectivos representó una quiebra de los sistemas de reclutamiento inspirados en los principios de mérito y capacidad. Lo cierto es que la Ley no preveía ningún mecanismo selectivo para el acceso de este personal y en muchos casos la contratación se producía sin que se hubiera efectuado ningún tipo de prueba que midiera la aptitud del empleado. Esta realidad resultó agravada por la concurrencia de dos factores más, como fueron, por una parte, las irregularidades en la contratación con el incumplimiento reiterado por parte de la Administración de los plazos prefijados de finalización de contratos temporales, que eran sistemáticamente rebasados por la empleadora. Y por otra parte, las continuas, y exitosas, reivindicaciones de estos colectivos de interinos y contratados para lograr una estabilidad en sus puestos. Esto último se fue llevando a cabo a través de

pruebas de acceso restringidas que en bastantes casos no fueron sino una caricatura de las que debían realizarse. El panorama resultante no dejaba a los principios de mérito y capacidad en el acceso en buen lugar.

Andando el tiempo, se acometería la empresa de frenar un proceso que ya se había convertido en imparable. El Real Decreto Ley 22/1977, de 30 de marzo, tratará de poner orden en la regulación de lo que se presentaba como un problema creado a partir de la Ley en 1964. Esta norma expresa en su Exposición de Motivos su finalidad de establecer la adecuación del sistema retributivo a los cambios efectuados en la realidad social y profesional de los funcionarios pero, como se ha señalado<sup>111</sup>, no se tratará sólo de una normativa puramente retributiva sino que incidirá en aspectos como las pruebas selectivas, la carrera, las incompatibilidades y otros asuntos relativos al estatuto jurídico de los empleados.

En efecto, la citada norma también contenía disposiciones relativas al personal interino y contratado. En el momento de la entrada en vigor de la LFCE, algunas voces críticas<sup>112</sup> señalaron que la clasificación que la Ley realizaba de los puestos de trabajo en las correspondientes relaciones, al no ser compatible con el precedente sistema de Cuerpos, iba a reforzar la tendencia a la contratación o a la incorporación a la Administración a través de la fórmula de la contratación laboral. De ahí que la proliferación de personal interino y contratado fuera ya un hecho que, aunque no puede atribuirse enteramente, ni mucho menos, a los efectos de la nueva regulación, sin embargo vino a confirmar los peores temores de los que realizaron semejante pronóstico. El citado Decreto Ley tratará de hacer frente a esa realidad no querida por la norma, pero, como se ha señalado críticamente<sup>113</sup>, en lugar de reconducir esta figura hasta unos lógicos contornos, se optó por la solución radical de prohibir en lo sucesivo el recurso a estas contrataciones. Con ello, se privaba hacia el futuro a la

---

<sup>111</sup> PALOMAR OLMEDA, A.; op. cit. pág. 174.

<sup>112</sup> PARADA VÁZQUEZ, R.; *Derecho Administrativo*, vol. II, 1991. pág. 364.

<sup>113</sup> PALOMAR OLMEDA, A.; op. cit. pág. 118

Administración de esta clase de personal que en momentos determinados, tienen una entidad propia y resultan útiles para cubrir, por ejemplo, necesidades urgentes de un servicio. Lo que en realidad hacía falta era un órgano de control competente, pero no la supresión de una figura útil para las funciones públicas<sup>114</sup>.

### **3.2. La carrera profesional como elemento nuclear del modelo**

Es llamativo, incluso podría ser contradictorio, que una institución tan clásica del derecho de los funcionarios como lo es la carrera administrativa, pueda ser, observada desde una perspectiva moderna, al mismo tiempo, un elemento clave entre todos los que conforman el entramado jurídico del empleado público. Uno de los objetivos primordiales de la carrera es hacer atractivo el ingreso y la permanencia en las funciones públicas y a la vez recompensar por los esfuerzos de promoción. Hoy en día, en la Administración Pública ello debería poder traspasar las barreras de la separación de regímenes y funcionar como un resorte de motivación para todos los empleados. Así pues, desde dicha perspectiva se comprende la atención prestada al tratamiento que la carrera ha recibido en los sucesivos textos legales.

Por otra parte, y ya con independencia de la óptica desde la que sea vista la carrera administrativa, son, precisamente, las modalidades de carrera las que permiten diferenciar los sistemas de empleo público. Por ello, vale la pena recordar aquí la diferencia existente entre un sistema de carrera, integrado por categorías personales jerarquizadas a las que se accede por estricta antigüedad y por mérito (o por ambos criterios a la vez), y el sistema de empleo, en el cual, es el desempeño sucesivo de puestos de trabajo el que conforma la carrera del empleado. Según este último sistema, los puestos mejores se otorgan a los empleados mejores en función de procedimientos de selección más o menos objetivables, pero con independencia de la antigüedad. En todo caso, es probable que no haya un modelo de empleo

---

<sup>114</sup> PALOMAR OLMEDA, A.; op. cit. pág. 174

público que sea reflejo puro de una de estas dos posibilidades, lo más común, y por otra parte lo más conveniente, es que se combinen inteligentemente ambos sistemas.

Con estos antecedentes, la reforma llevada a cabo por la nueva LFCE tiene, desde el punto de vista de este concreto aspecto de la carrera, una especial trascendencia. Hasta entonces, no había una correspondencia entre la categoría ostentada y la formación o aptitud para el desempeño, la degradación había llegado a tal punto que resultaba imposible establecer, partiendo de la categoría, un sistema racional. Téngase en cuenta, además, que, teóricamente, la carrera administrativa continuaba presidida por el concepto de antigüedad, pero en la práctica, la provisión de los puestos de trabajo, sobre todo en los más elevados de categoría, se producía libremente sin tener en cuenta aquélla.

Así las cosas, la LFCE, inspirándose en criterios distintos de los tradicionales, avanza hacia un sistema de empleo, haciendo desaparecer las categorías personales<sup>115</sup> e introduciendo elementos característicos de los sistemas de empleo, como las plantillas y la clasificación de los puestos de trabajo<sup>116</sup> en un intento de adecuar los recursos humanos a las funciones<sup>117</sup>. Pero, al mismo tiempo, la Ley sigue manteniendo elementos del sistema tradicional como los ligados a la estructura corporativa. A la postre, éstos últimos fueron capaces de imponer su dinámica, tuvieron más peso que aquéllos y así, en la práctica, los cuerpos continuaron resultando claves para la provisión de los puestos de trabajo.

---

<sup>115</sup> Esta desaparición de las categorías fue el fruto de una supresión tácita: GUTIERREZ REÑÓN, A.: "La carrera administrativa en España: evolución histórica y perspectivas", en *Documentación Administrativa*, nº 210-211, 1987. El citado autor destaca que ninguno de los preceptos de la Ley de Bases se refiere a las categorías e incluso el texto articulado les dedica una mención muy parcial e indirecta. Que la supresión de un elemento tradicional de la ordenación de la función pública española como es la categoría, no mereciera siquiera una mención expresa de la Ley, es un buen indicador de su falta de contenido real, pág. 47-48.

<sup>116</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M.; *Derecho de la Función Pública*, op. cit. pág. 140.

<sup>117</sup> Y no la estructura a los intereses y las aspiraciones de los funcionarios, algo muy difícil de lograr en la Función Pública española, como señala, SÁNCHEZ MORÓN, M.; *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, pág. 45.

El vacío legal que supuso la supresión de la categoría como elemento determinante de la situación profesional del empleado, vino a ser paliado mediante una nueva regulación, conforme a la cual, la situación jurídica del funcionario quedaba definida por el cuerpo al que pertenecía. Esto exigía, por parte de todos los departamentos y dependencias administrativas, la clasificación de los puestos de trabajo y la identificación de los que se adscribían a cada cuerpo en función de la formación exigida para el ingreso y en función de la naturaleza de las tareas a desarrollar. De esta forma, la pertenencia a un cuerpo delimitará los puestos a los que podrá aspirar cada empleado. El puesto de trabajo, como vemos, se convierte en un elemento importante ya que, una vez desaparecidas las categorías como criterio diferenciador, la jerarquización entre los empleados pasará a depender de la posición que tenga en la Administración el puesto de trabajo que ocupen.

Este es el aspecto más novedoso de la reforma, en el que se depositaron todas las expectativas de hacer posible una adscripción más racional de los puestos de trabajo. Y de hecho, la reforma favoreció la renovación de los estratos superiores de la Administración que hasta entonces estaban ocupados por funcionarios de escasa formación que habían ascendido por antigüedad al amparo del vacío creado en la guerra civil. Como bien se ha señalado<sup>118</sup>, el nuevo sistema permitió el acceso a puestos de responsabilidad de los funcionarios más cualificados y más abiertos a ideas modernizadoras. Pero, lamentablemente, los resultados reales en la gran mayoría de los casos no lograron satisfacer todas las expectativas. La adscripción a los puestos en algunos ministerios respondió más a “pactos y arbitrajes”<sup>119</sup> que a la aplicación de criterios técnicos.

Con todo, lo más importante del resultado de la reforma de 1964, es que avanza hacia un sistema *mixto*: la carrera se basa en elementos personales como son la

---

<sup>118</sup> GUTIERREZ REÑÓN, A.: “La carrera administrativa en España: evolución histórica y perspectivas”, en *Documentación Administrativa*, nº 210-211, 1987, op. cit. 49.

<sup>119</sup> GUTIERREZ REÑÓN, A.: “La carrera administrativa en España: evolución histórica y perspectivas”, en *Documentación Administrativa*, nº 210-211, 1987, op. cit. 50.

pertenencia a un cuerpo y la clasificación dentro del cuerpo en virtud de las titulaciones, pero también se funda en elementos como la clasificación objetiva de los puestos y la posibilidad de acceder a ellos sin agotar el ascenso en el escalafón. Todo ello encierra una importancia que luego será trascendental en la evolución del sistema de empleo público. Quizá sea exagerado afirmar que esta Ley de 1964 estaba estableciendo un sistema intermedio entre los sistemas de carrera y de empleo, pero sí destaca en el texto legal el interés por desterrar el excesivo corporativismo y centrarse más en el tipo de funciones, y menos en la nomenclatura formal de la pertenencia a un cuerpo. Como se ha señalado acertadamente: se trataba más de ver qué “hacía” el funcionario y no qué “era”<sup>120</sup>.

La otra realidad a la que la reforma trató de poner remedio, era el “caos retributivo”<sup>121</sup> propiciado por la existencia de multitud de cuerpos especiales que habían proliferado en los últimos años. Como cada uno de éstos poseía un estatuto diferenciado, existía una notable dispersión normativa y una gran anarquía en la regulación de cada uno de ellos. De hecho, la inexistencia de normas específicas de atribución y comparación, junto a la falta de publicidad, la “clandestinidad”, de las retribuciones existentes, era de los asuntos que reclamaban con más urgencia la reforma de nuestra Administración Pública<sup>122</sup>.

De modo que, pese a las críticas que ha recibido<sup>123</sup>, la LFCE fue un buen

---

<sup>120</sup> GUTIERREZ REÑÓN, A.; op. cit. pág. 50.

<sup>121</sup> PALOMAR OLMEDA, A.; *Derecho de la Función Pública*, pág. 167.

<sup>122</sup> Por una parte, el sueldo asignado a los funcionarios había perdido sustancialmente su valor a causa de la devaluación de la moneda a lo largo del siglo si bien ello sólo es predicable respecto al “sueldo base”. Pero, al mismo tiempo, los cuerpos de funcionarios que tuvieron posibilidad de hacerlo, actuaron como organismos de presión para conseguir otras fuentes de financiación. Así fue como se lograron establecer unas tasas exigibles a los particulares como contraprestación a los servicios prestados. Lo más grave, con todo, no era el amplísimo abanico de retribuciones existente sino la opacidad o la imposibilidad de constatarlo a la vista de datos oficiales. “....lo grave del sistema es que vivía en la clandestinidad. Nadie dudaba pues de que era absolutamente necesaria la reforma de la Función Pública.” GARRIDO FALLA, F.; *Reformas....* op. cit. pág. 50.

<sup>123</sup> La nueva regulación contenida en la Ley recibió una acogida desigual por parte de la doctrina. Así, por ejemplo, PARADA VÁZQUEZ, R; (*Derecho Administrativo. Organización y Empleo Público*, Madrid, 1986, págs. 558-565), ha señalado que la Ley de Funcionarios Civiles del



intento de regular homogéneamente algunos aspectos del régimen jurídico del empleo público hasta entonces descuidados o dotados de una regulación deslavazada. Este interés se percibe en el intento de racionalización en materia de provisión de puestos de trabajo. En este sentido, la nueva Ley crea unas estructuras horizontales de gestión y coordinación haciendo un esfuerzo por combatir la excesiva departamentalización de la función pública muy marcada por la separación entre ministerios<sup>124</sup>.

### **3.3. La multiregulación de la prestación de servicios para la Administración Pública**

Cuando se intenta remontar en el tiempo para señalar el preciso momento histórico en el que la regulación del empleo público incluyó entre sus contenidos la expresa clasificación, y por ello admisión, de diferentes clases de personal al servicio de la administración, siempre se menciona el texto de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964. Y aunque no era la primera vez que aparecía en un texto normativo la citada diferencia, sí hay que reconocerle el mérito de haber servido para, de algún modo, consagrar jurídicamente la realidad plural que ya presentaba la prestación de servicios en la Administración Pública. De hecho, cuando posteriormente se abre el proceso constitucional, los reformadores van a encontrar esta polémica dualidad ya instalada en el empleo público.

El régimen jurídico implantado por la nueva regulación, diferencia entre funcionarios de carrera y funcionarios de empleo. Los funcionarios de carrera integran los cuerpos generales. La Ley establece que serán funcionarios públicos

---

Estado se aleja del modelo francés de función pública cerrada, suprimiendo los grados o categorías personales en los cuerpos de funcionarios, orientando nuestro sistema hacia otro de inspiración anglosajona con la clasificación de los puestos de trabajo. Pero esto mismo se ha destacado como uno de los aciertos de la Ley por otros autores. Vid. PALOMAR OLMEDA, A.; *Derecho de la Función Pública, Régimen Jurídico de los Funcionarios Públicos*, 6ª edición, 2001, pág. 171

<sup>124</sup> Vid. los rasgos generales de la Administración del Estado que destaca, SANTAMARÍA PASTOR, J.A.; *Lecciones de Derecho Administrativo*, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, 1985, págs. 657 y ss.

“aquellas personas incorporadas a la Administración por una relación de servicios profesionales y retribuidos regulada por el derecho administrativo”. Entre las características esenciales del funcionario de carrera destaca que presta servicios en virtud de nombramiento legal, con carácter permanente, figura en las correspondientes plantillas y percibe sueldos o asignaciones fijas con cargo a los presupuestos generales del Estado. Los funcionarios de empleo, a su vez, podían ser eventuales, si desempeñan puestos de confianza o asesoramiento especial no reservados a funcionarios de carrera, o funcionarios interinos que ocupan por razón de necesidad o de urgencia, plazas de plantilla en tanto que éstas no sean cubiertas por funcionarios de carrera.

Además del personal funcionario, la Ley hace referencia al personal contratado, que es el que en virtud de un contrato administrativo, o de un contrato laboral, presta servicios para la Administración<sup>125</sup>. Los contratos administrativos en sus dos modalidades, para la realización de trabajos específicos, concretos y de carácter extraordinario o de urgencia y los contratos de colaboración temporal por exigencias y circunstancias especiales, se someten a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, mientras que los contratos regulados por el Derecho del Trabajo, los de los trabajadores al servicio de la Administración, a la Jurisdicción Social.

La Ley permitía el acceso a las funciones públicas a trabajadores de régimen laboral. Ciertamente, ello no representa ninguna novedad pues como ya se ha señalado, desde la regulación de López Ballesteros<sup>126</sup>, la presencia de un personal con un perfil borroso y carente de un estatuto jurídico delimitado, abría paso a la

---

<sup>125</sup> Sobre la utilización efectuada por la Administración de la figura de los contratados administrativos y sobre los avatares de su regulación hasta llegar al momento actual nos detendremos más adelante en el Capítulo II de este trabajo.

<sup>126</sup> Recientemente se había plasmado en el texto de la Ley de régimen Local de 1955. Por otra parte, ya se había tratado por la doctrina anteriormente: “el que la Administración Pública pueda asumir el papel de parte patronal en una relación de trabajo no plantea ya duda alguna”: DE LA VILLA GIL, L.E.; “Sobre el personal no funcionario al servicio de la Administración Pública”, *Documentación Administrativa* nº 114, 1962, págs. 7 y ss. donde, avanzando aún un poco más, considera que “las personas contratadas por la misma y no incorporadas al servicio por acto

posibilidad de personal contratado. Pero es verdad que esta previsión expresa en un texto legal representa una novedad y confirma la confusión entre funcionarios y contratados laborales en su prestación de servicios. En este sentido, se ha indicado que en la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 se lleva hasta las últimas consecuencias la falta de criterios materiales de diferenciación entre unos y otros<sup>127</sup>. La diferencia entre ellos se confía meramente a los procedimientos formales que rodean su reclutamiento o, casi más exactamente, a la voluntad de Administración que decidirá qué tipo de personal presta los servicios sometiendo cada uno a un procedimiento de reclutamiento distinto. En ello se cifrará la diferencia entre el personal, y no en el contenido material de los servicios prestados por un tipo de personal u otro. De este modo, se quiebra definitivamente el modelo imperante hasta ese momento de función pública cerrada al incorporarse nuestra Administración Pública a un modelo dual de funcionarios y laborales<sup>128</sup>.

De la regulación efectuada por la LFCE, y en referencia a este mismo particular, destaca el hecho de que la nota de la permanencia quede circunscrita exclusivamente al personal funcionario de carrera que presta sus servicios en virtud de nombramiento legal, figura en las plantillas y percibe un sueldo con cargo a las consignaciones de personal. Esta nota característica del funcionario de carrera, la permanencia, no se presenta, sin embargo, como condición para el resto de los empleados públicos de régimen contractual administrativo o laboral<sup>129</sup>.

La situación de estos momentos es consecuencia de una inercia de muchos años

---

administrativo, cualesquiera que sean sus funciones, son trabajadores en sentido técnico jurídico”.

<sup>127</sup> GODINO REYES, M.; *El contrato de trabajo en la Administración Pública*, Civitas 1996, pág. 79.

<sup>128</sup> Como el instaurado en la Alemania de la Ley Fundamental de Bonn que admitió la presencia de personal contratado con una relación de derecho privado pero reservando para los funcionarios públicos el ejercicio de funciones de soberanía.

<sup>129</sup> La doctrina mantenida por la Sala 5ª del TS era terminante al sostener que “nunca la prestación de servicios con carácter interino, eventual o contrato pueden convertir al funcionario en inamovable”, *Comentarios a las Leyes Laborales* (E. BORRAJO DACRUZ coord.), Madrid, 1990, pág. 81.

proveniente del sistema político instaurado. Aquellos años sesenta nos sitúan en un “tardofranquismo”<sup>130</sup> que, en el espacio del empleo público, presenta unos perfiles concretos: la Administración ha ido adquiriendo unas dimensiones considerables y dentro de ella destaca la heterogeneidad de situaciones del personal, respecto al cual, se percibe una deficiente estructuración<sup>131</sup>. A continuación, se verá todo ello por separado.

El funcionario irá perdiendo progresivamente su “status social privilegiado”<sup>132</sup>. En buena parte, la razón de este proceso será la creciente separación entre los altos funcionarios, que gozan de una situación privilegiada, y el resto de los funcionarios que irá conformando un grupo cada vez más numeroso y además sometido a duras críticas. Éstas señalaban su falta de profesionalidad, su desinterés por el trabajo, la corrupción del pluriempleo o la indisciplina<sup>133</sup>. Al mismo tiempo, la situación contribuía a la formación de una conciencia de clase, que se ha identificado como el despertar sindical del funcionario y que tendrá relevancia posteriormente<sup>134</sup>.

Por otra parte, cabe señalar respecto de lo mencionado acerca de la contratación administrativa, que la facilidad para el reclutamiento, sin apenas control en el desarrollo del mismo, sumada a la ausencia de un marco legal claro para el establecimiento de condiciones de trabajo, trajo consigo el surgimiento de una preocupante función pública paralela<sup>135</sup>. No en vano, la LFCE experimentó una

---

<sup>130</sup> NIETO, A.; “La Administración y la burocracia del Estado en la década de los ochenta” en *Jornadas de estudios sobre Administración y Función Pública en el Estado Autonómico*, Oñati, 1986, pág. 15.

<sup>131</sup> LÓPEZ GÓMEZ, J.M.; *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, Civitas, 1995, pág. 145.

<sup>132</sup> LÓPEZ GÓMEZ, J. M.; op. cit. pág. 146.

<sup>133</sup> ALBABADALEJO CAMPOY, M.A.; “Pasado, presente y futuro de la Función Pública española: una propuesta de reforma.” *Cuadernos de economía del ICE*, nº 13, 1980, pág. 124.

<sup>134</sup> ESCUDERO, R. Proyecto Docente, pág.

<sup>135</sup> Que aún hoy persiste y que ha dado lugar a determinadas reformas legales, de cierta importancia que serán analizadas en todo su alcance en otros apartados de este trabajo.

reforma importante en 1977<sup>136</sup> con el ya referenciado Real Decreto- Ley 22/1977, de 30 de marzo, cuya justificación era la de adecuar el sistema retributivo de la función pública, y que contenía también una serie de disposiciones relativas al personal contratado e interino que, tras la Ley de 1964, había experimentado una notable expansión<sup>137</sup>.

Los interinos, por su parte, designados teóricamente para cubrir plazas vacantes de funcionarios en tanto éstas se proveían de manera definitiva, constituirán un importante grupo de empleados públicos. Éstos, que tienen una situación de precariedad semejante a la de los contratados administrativos, serán especialmente reivindicativos y lograrán la adopción de determinadas medidas puntuales de funcionarización definitiva a través de las denominadas oposiciones restringidas<sup>138</sup>.

La cuestión es que estos tres colectivos señalados no se encuentran incluidos dentro del ámbito de aplicación de la legislación laboral. Ello se confirma en el artículo 2 de la LRL en unos términos muy parecidos a los que luego serán empleados por el ET. El recurso a la contratación laboral, aparecerá en estos momentos como un recurso de perfiles mucho más claros por dispensar un marco regulador seguro y flexible al mismo tiempo. Primero, porque hace posible que la

---

<sup>136</sup>Entre los hitos más interesantes que se pueden señalar de todo este periodo convulso que va desde los últimos años del franquismo hasta el periodo de la recién estrenada constitución, se encuentra el surgimiento de la idea de preparar un escrito dirigido al gobierno en el que se denunciaran los males que entonces aquejaban a la Administración española. De este modo se solicitaba una reforma que hacía tiempo que había quedado estancada. Todo ello surgió en el ámbito de la Asociación Española de la Administración Pública al amparo de la que se consensuó en noviembre de 1974 un documento conocido después como *escrito de los quinientos*. Éste se basaba en determinados principios que, a juicio de los redactores debían estar presentes en la futura reforma: Institucionalización de cauces de control de la Administración Pública, supresión de las inmunidades del poder ejecutivo, instrumentación del derecho de libertad sindical de los funcionarios públicos como al resto de los trabajadores. Garantizar la independencia y la neutralidad política de la función pública y establecer un orden retributivo justo y un sistema de incompatibilidades que elimine el sometimiento de la Administración a las presiones de grupos de poder e intereses particulares. No cabía duda de que la reforma de la Administración era un pretexto para pedir una reforma política de mayor envergadura. Vid.: L. F. CRESPO MONTES, *La Función Pública Española 1976-1986: de la transición al cambio*, INAP, 2001, pág. 38 y ss.

<sup>137</sup> A las reflexiones efectuadas en la pág.24 nos remitimos.

<sup>138</sup> Me remito a lo expuesto en el apartado 6.3 de este mismo capítulo.

selección se efectúe para el concreto puesto a cubrir, y ello hará aumentar la frecuencia con la que tras la aprobación de la Ley se recurrirá a la contratación laboral de personal, tanto para cubrir puestos de escasa cualificación, como en el caso de puestos muy cualificados. Estos elementos están en el origen de la fuerza que va cobrando el personal laboral en el empleo público, y se trata ya de un proceso en marcha que situará en poco tiempo la tasa de contratación de este tipo en la Administración Pública en unas cotas nunca vistas.

Por otra parte, la sola presencia de este colectivo de trabajadores en una Administración compuesta, como estamos viendo, de otros muchos y variados colectivos, servirá de revulsivo, de factor de emulación en lo concerniente a los derechos colectivos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Las consecuencias de todo ello se irán desgranando en un rotundo proceso de acercamiento entre regímenes, en una crisis de la tradicional e histórica separación en nuestro sistema entre empleo público y empleo privado. Es esta fuerza de los hechos, más que cualquier otra cosa, lo que hace plantearse al legislador, una vez y otra, la cuestión del empleo público sin llegar a ofrecer hasta el momento una solución aceptable. Pues bien, todo ello tuvo su origen en unos concretos momentos históricos. He aquí uno de ellos.

Cuando en nuestro país se abre el periodo constituyente, la Administración Pública que llega hasta esas fechas, en lo tocante a la organización de sus medios humanos, presenta ya los mimbres sobre los que hoy se asienta, en lo fundamental, la organización de la prestación de servicios en su seno. Ciertamente, existía una clara separación de regímenes de personal respecto de funcionarios y trabajadores laborales y, en este sentido, la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 puede decirse que marca un punto de inflexión muy importante en lo tocante al reconocimiento legal expreso de esta posibilidad. Pero, como ya se ha señalado, los precedentes de un segundo tipo de personal, existían con anterioridad<sup>139</sup>.

---

<sup>139</sup> Como ya se ha visto, el estatuto de los subalternos en la normativa de López Ballesteros y

Así pues, una cuestión es la referida al personal y a su clasificación. A este respecto, se puede seguir la pista de una dualidad al menos hasta el cuerpo normativo de López Ballesteros. En lo referido al estatuto jurídico del personal que presta servicios, haciendo abstracción del concreto régimen jurídico regulador de sus prestaciones de servicios, en el momento en el que se abre el proceso constituyente puede decirse que ya estaban presentes los elementos sustanciales del mismo: Inamovilidad, acceso reglado, sistema de carrera, peculiaridades en el ejercicio de los derechos colectivos... Estas notas son la consecuencia de un proceso de construcción paulatino, de avances y retrocesos y hay que decir que en aquellos momentos no se reconoce su existencia como una realidad indubitada del empleo público sino, más bien, como un elemento de fundamento legal, de previsión igualmente legal, pero enfrentado a una realidad rebelde que sobrepasa las previsiones normativas, que conforma un entramado de muy difícil gobierno. Estas son las circunstancias con las que se enfrentará nuestro empleo público al cambio constitucional. Los rasgos antedichos se verán, como es lógico, marcados por la impronta de las libertades constitucionales, pero provienen de lejos. Se han ido conformando a través de la historia de la propia Administración, más aún, se han ido conformando al tiempo que nuestra historia constitucional.

Se podrá discutir, si se quiere, eso es ya otra cuestión, un segundo aspecto, relativo a la aplicabilidad de los elementos destacados a la totalidad del personal,

---

después, en los sucesivos textos legales, por sus perfiles borrosos, por su indefinición y después cuando se toma la decisión de expresamente excluirlo del ámbito del resto de los servidores público. Todo ello, a pesar de no recibir una denominación determinada indica la existencia, claramente, de otro personal. Es una constante la utilización del término funcionarios públicos para hacer referencia al personal que presta sus servicios en la Administración pero desde el momento en que resulta claro que este personal no es el único, el término funcionario público resultará adecuado para hacer referencia a sólo una parte del personal. Así, precisamente haciendo referencia a esta circunstancia puede verse: LALINDE ABADÍA, J.; *Los medios personales de gestión del poder público en la historia española*, Estudios de Historia de la Administración, Instituto de Estudios Administrativos, 1970, quien en la introducción a su trabajo expresa lo siguiente: "La propia formulación de la ciencia administrativa actual bajo la rúbrica del funcionario público produce insatisfacción, en cuanto que aunque la denominación se emplee en un sentido amplio, y puede serlo en un sentido estricto, deja fuera importantes sectores de personas intervinientes en la Administración que no tiene la condición de funcionario público", pág. 10.

sea cual sea su particular régimen jurídico. De hecho, sobre buena parte de esas cuestiones se detienen estas líneas, por ejemplo, acerca de la aplicación a todo el personal de los principios que regulan el acceso según el mérito y la capacidad, o también acerca de la inamovilidad, o la carrera o las diferencias en materia de derechos colectivos...Es decir, se puede polemizar acerca de los grados, acerca de los modos, pero la realidad indica la existencia de unos rasgos concretos y esos son los que ahora se destacan.

#### 4. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y EL EMPLEO PÚBLICO: LA REVISIÓN DEL MODELO

La aprobación de la Constitución en 1978 llevó sus principios rectores y las disposiciones constitucionales al ámbito de las relaciones de empleo público. Ello impuso al legislador ordinario el deber de regular un nuevo estatuto de los funcionarios públicos<sup>140</sup>. Hasta este momento, la normativa se había ido consolidado alrededor de una idea de Estado fuertemente centralizado, desconocedor de las nuevas instituciones que traería consigo la democracia, el asociacionismo funcionarial, la libertad sindical..., todas ellas hasta ese momento incompatibles con un sistema de gobierno autoritario. La aprobación y la entrada en vigor de la Constitución impulsaban estas ideas y daban una nueva perspectiva, más optimista, sobre la posibilidad de que la reforma política por fuerza dejase su impronta sobre la Administración<sup>141</sup>.

---

<sup>140</sup> El término “estatuto” aparece frecuentemente utilizado en el texto constitucional, unas veces con mayúsculas en los casos en los que se equipara a una disposición legal. Otras veces aparece citado con minúsculas cuando con el término “estatuto” se refiere al contenido de un régimen jurídico concreto de determinado tipo de personas o instituciones. Vid. el estudio comparativo que realiza, SUÁREZ GONZÁLEZ, F.; *Las nuevas relaciones laborales y la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Círculo de Empresarios, Pirámide, 1980, pág. 50-51.

<sup>141</sup> En relación con la etapa de la transición, los gobiernos democráticos no encontraron resistencias o actitudes obstruccionistas en el aparato burocrático. Muchos funcionarios apoyaron decididamente el cambio de régimen político desde la Administración. Vid. BELTRÁN VILLALVA, M.; Prólogo a la obra de CRESPO MONTES, L.F.; *La Función Pública Española 1976-1986: de la transición al cambio*; INAP, 2001; pág. 16.



Durante los últimos años del franquismo, la Administración Pública había permanecido en una especie de parálisis que la mantuvo al margen de los acelerados cambios que, entre tanto, se experimentaban en la sociedad. Una vez llegado el momento de la transición, se sumarán otras consideraciones características de este periodo. Una primera es que la transición pasó por las estructuras administrativas sin que hubiera una depuración y sin que se produjera la separación de empleados públicos significativamente vinculados con el sistema político anterior<sup>142</sup>. En segundo lugar, el proceso de transición política se caracteriza también por una fuerte demanda de autogobierno de parte de las Administraciones territoriales. Como consecuencia de ello, surgirá una suerte de primera Administración preautonómica que inicia un proceso de contratación apresurado que reproduce en sus esquemas las mismas faltas achacables al modelo de reclutamiento de la Administración del Estado. Por último, se constata en este momento la plena vigencia de una realidad subsistente: el incremento cuantitativo del personal no funcionario de carrera, problema que, bajo distintas figuras (contratados administrativos, eventuales, interinos y personal laboral), seguirá vivo hasta nuestros días<sup>143</sup>.

En definitiva, la aprobación de nuestra Constitución en 1978, como no podía ser de otro modo, significó en el panorama de nuestra función pública un momento importante. Principalmente porque la introducción dentro del ámbito administrativo de los principios constitucionales inspirará toda la posterior evolución del empleo público. Así, la consecuencia inmediata se deja ver en la búsqueda de un nuevo modelo de función pública más acorde con el panorama recién estrenado. El artículo 103.3 de la Constitución reserva a la Ley la regulación de determinadas materias que adquieren por esta vía un fundamento constitucional. Se trata del estatuto de la

---

<sup>142</sup> JIMÉNEZ ASENSIO, R.; *Políticas de selección en la Función Pública Española.....*, op. cit., pág. 449. En esto se rompía una tendencia hasta el momento inalterada en la Administración española cual era la del cese de los empleados vinculados al sistema políticos anterior con cada cambio de gobierno. Bien es verdad que en esos momentos se trata de un cambio de sistema no un simple cambio de gobierno.

<sup>143</sup> JIMÉNEZ ASENSIO, R.; *Políticas de selección en la Función Pública Española.....* op. cit., pág.449.

función pública que necesariamente habrá de contener una regulación uniforme sobre aspectos tales como el acceso a la función pública de conformidad con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio del derecho de libertad sindical, el sistema de incompatibilidades y las garantías de imparcialidad en el ejercicio de las funciones públicas. Todo ello, ha supuesto un cambio significativo en el panorama del empleo público.

Hace falta pues, efectuar un recorrido por esos elementos básicos configuradores del paradigma del empleo público para efectuar un seguimiento sobre la huella que el proceso constituyente ha dejado sobre ellos. A continuación, se observará el juego del artículo 103.3 de la Constitución en lo tocante al acceso según los principios de mérito y capacidad, se verá también lo que son las previsiones constitucionales acerca de un hipotético modelo constitucional relativo al empleo público pues en ello se cifra buena parte del desarrollo posterior de aspectos más concretos que se hallan también vinculados al empleado público y finalmente, se detendrán estas líneas que siguen en aquellos aspectos relativos a la admisión de los derechos colectivos en el ámbito de la función pública desde el punto de vista de su relevancia posterior en la configuración del paradigma.

#### **4.1. Consagración de una función pública profesional**

El artículo 103.3 de la Constitución Española encierra una trascendencia aplicativa que se apreciará enseguida. Principalmente, representa la constitucionalización de un sistema de mérito, desterrando a las antiguas “cesantías”<sup>144</sup>. Los principios de mérito y capacidad asegurarán la objetividad en el acceso al empleo público, la consecución de una función pública profesional dedicada al servicio de los intereses generales y la sustitución del sistema del botín

---

<sup>144</sup> De hecho, se ha destacado precisamente cómo una cuestión aparentemente tan sencilla como esta del principio del mérito en el acceso, tan sencilla y tan indiscutible, tardara todo este tiempo en aparecer en un texto constitucional; vid. PALOMAR OLMEDA, A. *Derecho de la Función Pública*, 2001, pág. 288.

por un sistema en el que los mencionados principios sean elementos indispensables en el ingreso a la función pública<sup>145</sup>. Es la propia naturaleza de las funciones que corresponden a la Administración, la que justifica la presencia de dichos principios<sup>146</sup>. Por otra parte, el mérito y la capacidad se encuentran directamente relacionados con el aseguramiento de la permanencia o la estabilidad del empleado y, en este sentido, representan la otra cara de la moneda de un elemento que debe caracterizar la relación de empleo público, como es la inamovilidad.

Como ha señalado PULIDO QUECEDO<sup>147</sup>, en el acceso a cargos y funciones públicas, la regla jurídica es la de que las condiciones establecidas para el acceso a todo cargo o función estén formuladas con carácter general<sup>148</sup>. La regla de la generalidad en la determinación legal de los requisitos para el acceso a determinados cargos, se complementa con los principios de mérito y capacidad en el

<sup>145</sup> Según sostiene MARTÍNEZ MARÍN, A.; *El régimen jurídico de los funcionarios*, 2001, págs. 45 y ss.; el spoils system, o sistema del botín, es de procedencia norteamericana y se fundó en la aplicación de los principios democráticos hasta sus últimas consecuencias y en el rechazo del poder burocrático institucionalizado frente al poder electo. De este modo, la función pública profesional podría ser desempeñada por cualquier ciudadano evitándose con ello la creación de una casta especial alejada de la ciudadanía. La degeneración del modelo hasta convertirse en un sistema de pago político por los votos, al tiempo que la necesidad de especialización de la función pública, motivaron la pérdida de confianza en este sistema y aconsejaron su sustitución. No obstante, este autor reflexiona acerca de la conveniencia o la necesidad de la presencia de personal político en la dirección de las AAPP y ofrece apreciaciones interesantes sobre los problemas relativos al contorno que dicha presencia de personal directivo no electo debería tener en relación a la totalidad del personal. Con ello se alude al debate planteado entre el sistema de mérito y la confianza política, en el que destaca la existencia de una zona intermedia entre la política y la administración representada por los altos cargos y directivos públicos en los que la confianza política y el mérito deben mezclarse en proporciones diferentes, como indica; PUERTA SEGUIDO, F.; *La consolidación del empleo público precario*, Lex Nova, 2003, pág. 91. Sobre esta cuestión puede verse el trabajo de JIMÉNEZ ASENSIO, R.; *Altos cargos y directivos públicos en un estudio sobre las relaciones entre política y Administración en España*, IVAP, 1998. Vid. también, MORELL OCAÑA, L.; *El sistema de la confianza política en la Administración Pública*, Civitas, 1994.

<sup>146</sup> "El repetido artículo 103.3 CE es por sí mismo bien expresivo (de que) las limitaciones que padece la Administración como sede de las funciones públicas correspondientes (con las que se corresponde el derecho reconocido a los ciudadanos en el artículo 23.2 CE), explican la regla constitucional relativa al acceso a la función pública." Vid. PAREJO ALFONSO, L.; *Prólogo a la monografía de FONDEVILA ANTOLÍN, J.; Constitución y Empleo público...*, op. cit. pág. XV.

<sup>147</sup> PULIDO QUECEDO, M.; *El acceso a los cargos y funciones públicas. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Civitas, 1993, pág. 162

<sup>148</sup> STC 42/1981, de 22 de diciembre.

caso de los llamados cargos no representativos. La aplicación de los principios de mérito y capacidad es una concreción del principio de igualdad en el acceso que consagra el art. 23.2 CE en el que se establece el derecho de todos los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes.

Ciertamente, el ámbito protegido por el derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad difiere según se trate de cargos representativos o no representativos<sup>149</sup>. En el momento presente una abundante jurisprudencia Constitucional respalda la interpretación que entiende incluida la función pública profesional en el ámbito de las funciones públicas a las que se refiere el art. 23.2 CE<sup>150</sup>. Sin embargo, la inclusión del personal laboral en el ámbito del señalado precepto constitucional no es clara. La STC 281/1993 de 27 de septiembre, entendió no aplicable a los vínculos laborales el art.23 CE, considerando que el personal laboral no formaba parte de la función pública, ni tenía la consideración de cargo público<sup>151</sup>. Así, el Tribunal ha reconducido al art. 14 CE las posibles infracciones del principio de igualdad derivadas de contrataciones laborales.

No obstante, una pluralidad de argumentos apoyarían una interpretación distinta sobre esta cuestión, de modo que, con fundamento en la evidente interconexión de

---

<sup>149</sup> Inicialmente, GARRIDO FALLA, F.; *Comentarios a la Constitución*, Cívitas, 1980, págs. 298 y 299, había defendido un alcance diferente del precepto constitucional al entender que las funciones y cargos públicos del art. 23 no incluyen los puestos de la función pública profesional que contempla en art. 103 CE. Sin embargo, GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E.; “Consideraciones en torno al derecho de igualdad en el acceso a la función pública”, *Revista de Administración Pública* nº 121, 1990, pág. 250, sostiene que “pueden entenderse superadas las posturas que pretenden ceñir el alcance del art. 23.2 CE exclusivamente a los cargos públicos de carácter político”.

<sup>150</sup> SSTC 5/1983 de 4 de febrero, 10/1983 de 21 de febrero, 21/1984 de 16 de febrero, 50/1986, de 23 de abril, 148/1986, de 25 de noviembre, 193/1987, de 7 de noviembre o 24/1990 de 15 de febrero.

<sup>151</sup> El Tribunal Constitucional, desde el Auto 873/1985, de 5 de diciembre, y ya de forma indubitada desde las SSTC 289/1993, de 20 de septiembre y 365/1993, de 13 de diciembre, entiende que el art. 23.2 CE no es aplicable al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas.

los arts. 23.2 y 103.3 CE, sea desde el ámbito de estos preceptos desde el que se examinen las cuestiones relativas a posibles discriminaciones en las contrataciones laborales<sup>152</sup>. Los principios de mérito y capacidad, en efecto, deben ser respetados en el acceso de todo el personal que preste sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de una Administración Pública, con independencia de cuál sea la naturaleza del vínculo, laboral o funcionarial, que le una a la misma<sup>153</sup>. Así, la doctrina del Tribunal Constitucional, ante una deliberadamente amplia configuración de la expresión “función pública” en el texto constitucional, ha sostenido esta afirmación en lo que respecta al personal asimilado al funcionario, como los interinos o contratados administrativos<sup>154</sup>. En lo tocante al personal laboral, la propia normativa de aplicación ha recogido dichos principios<sup>155</sup>.

Se ha señalado<sup>156</sup>, que el artículo 103.3 CE determina la necesidad de que el personal al servicio de la Administración tenga un estatuto profesional en contraposición a los órganos electivos o de designación política. Este estatuto profesional sirve de garantía de imparcialidad en el desempeño de las tareas y asegura el respeto a los principios de mérito y capacidad. Resulta evidente la conexión del art. 103.3 CE con el art. 23.2 CE<sup>157</sup>, porque la igualdad en el acceso a

---

<sup>152</sup> PUERTA SEGUIDO, F.; *La consolidación del empleo público precario*, Lex Nova, 2003, pág. 55.

<sup>153</sup> MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.; “La aplicación del sistema constitucional de relaciones laborales en la Función Pública”, en: AA.VV. *El sistema económico en la Constitución Española*, vol. II. Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1994, pág. 2127.

<sup>154</sup> STC 27/1991 de 14 de febrero.

<sup>155</sup> Así, en la legislación ordinaria se han recogido sin ambages los citados principios. Véanse, por ejemplo, el art. 19 de la posterior LMRFP, o los artículos 91.2 y 103 de la Ley 7/1985, RBRL y otras de las legislaciones autonómicas.

<sup>156</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M.; *Derecho de la Función Pública*, pág. 55; PALOMAR OLMEDA, A.; *Derecho de la Función Pública*, 2001, pág. 177.

<sup>157</sup> En opinión de PULIDO QUECEDO, M.; “Del artículo 23.2 CE interpretado de forma sistemática con el artículo 103.3 CE no cabe deducir un status constitucional del cargo no representativo que permitiese su defensa ante el Tribunal Constitucional. En nuestro sistema tienen protección constitucional a través de la vía del artículo 23.2 CE lo referente al acceso en condiciones de igualdad con arreglo a los principios de mérito y capacidad, la permanencia en la función pública en la que ingresó y la preservación del cargo frente a suspensiones o la extinción

las funciones públicas se ve garantizada por la existencia de un sistema objetivo basado en la mayor capacidad y mérito de los aspirantes o participantes. En esta línea, la Constitución garantiza, y para ello impone limitaciones al legislador, la igualdad de oportunidades de todos los ciudadanos que reúnan los requisitos legales y reglamentarios para acceder a la función pública.

La previsión constitucional del artículo 103.3 acerca del mérito y la capacidad está relacionada con las garantía de la igualdad en el acceso, puesto que sólo los principios de mérito y capacidad justifican la preferencia de unos sobre otros en los procesos de reclutamiento dejando al margen cualquier otra circunstancia. Por otro lado, la citada previsión del art. 103.3 CE garantiza también la imparcialidad porque el seleccionado en los procedimientos de acceso no de su selección a nada más que a su mérito y a su capacidad<sup>158</sup>. En tercer lugar se garantiza la eficacia, porque sólo los seleccionados en virtud de estos criterios garantizan su aptitud para actuar eficazmente en el desempeño de sus funciones<sup>159</sup>. Así enlaza y se cierra el círculo, haciéndose comprensibles las previsiones constitucionales del entero artículo 103 de la Constitución Española, que refiriéndose a la Administración con carácter general dispone su actuación de conformidad con, entre otros principios, la eficacia, y la necesaria garantía de la imparcialidad en el servicio público<sup>160</sup>.

No se puede afirmar que la Constitución imponga un modelo determinado de

---

de la relación jurídico-funcionarial al margen de las causas legales"; vid. *El acceso a los cargos y Funciones Públicas. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Civitas, 1992, pág. 425.

<sup>158</sup> En este sentido, la doctrina se ha venido ocupando también de la neutralidad política de la Administración. Así, se podría entender la referencia constitucional a un estatuto de la función pública, en el sentido de que se procura la existencia de una función pública profesionalizada que determina una forma de actuar que se ha llamado "la eficacia indiferente". Con ello, se quiere aludir al talante que debe tener la Administración como institución y los empleados públicos en el ejercicio de sus funciones. Véanse las interesantes reflexiones que hace al respecto: GARRIDO FALLA, F.; en *La Administración en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, 1980, págs. 44 y 45.

<sup>159</sup> RUANO RODRIGUEZ, L.: *Constitución, Función Pública y Empleo Laboral*, Aranzadi, 1998, págs. 40-41.

<sup>160</sup> Sobre la eficacia como principio jurídico que rige la actuación de la Administración Pública volveremos más adelante en estas páginas.

función pública, en este sentido, el diseño de las líneas maestras resulta ser lo suficientemente amplio como para permitir una adaptación flexible por parte del legislador. En cualquier caso, y dejando al margen las muchas reflexiones que cabe hacer acerca de la opción constitucional, cuestión sobre la que volveremos más adelante al analizar la dualidad de regímenes, lo cierto es que, cualquiera que sea el vínculo jurídico formal que un empleado tenga con la Administración, resultará necesario garantizar la igualdad en el acceso a los cargos y funciones públicas, que deben entenderse en este contexto como puestos de trabajo en el empleo público<sup>161</sup>. La lógica consecuencia de todo ello es el establecimiento de un sistema de selección basado en el respeto a los principios de mérito y capacidad.

El art. 23.2 CE no consagra sino un derecho a participar en las pruebas selectivas que se establezcan, si bien, se pueden establecer requisitos objetivos, como los relativos a la posesión de una determinada aptitud profesional, o de una determinada edad<sup>162</sup>, por el legislador que goza de un amplio margen para la regulación del sistema debido a la configuración legal que posee este derecho<sup>163</sup>. Los principios de mérito y capacidad, impiden el establecimiento de diferencias que no guarden relación con el mérito y la capacidad<sup>164</sup>.

---

<sup>161</sup> En este sentido, vid. SALA FRANCO, T.; *Incidencia de la legislación laboral en el marco de la función pública*, INAP, 1989, pág.26; quien sostiene que “debería mantenerse la aplicación de tales preceptos constitucionales de los arts. 23.2 y 103.3 al personal laboral, con base en el art. 9.3 de la propia Constitución, que garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

<sup>162</sup> En este sentido, vid. STC 37/2004, de 11 de marzo, que declara que el establecimiento de un requisito relativo a la edad para el acceso a la función pública local, contraviene el art. 23 CE, pues, en este caso, opera para toda la función pública local, a diferencia del supuesto contemplado en la STC 75/1983, de 3 de agosto, que conectaba el requisito de la edad con un determinado puesto de trabajo para el que era razonable.

<sup>163</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M.; *Derecho de la Función Pública*, pág. 55.

<sup>164</sup> Véase, de fecha reciente, la STC 38/2004 de 11 de marzo, que declara unas pruebas de acceso restringidas, contrarias al precepto básico, el art. 19.1. de la LMRFP.

#### 4.2. Reserva de ley y régimen estatutario: a vueltas con el modelo de función pública

El diseño constitucional de la Administración reviste gran trascendencia, con razón se ha observado<sup>165</sup>, el carácter determinante que tiene sobre el propio estatuto de la función pública que, así, queda inserto en el orden total, sustantivo y organizativo, definido por la norma fundamental. En la evolución experimentada hasta el momento presente, un elemento destacado es la existencia de diferentes fórmulas de vinculación con la Administración para la prestación de servicios. Entre éstas, la relación funcionarial y la contractual laboral, no siendo las únicas, presentan un peso específico de tal calibre que esta dualidad en el empleo público ha llegado a ser una característica identificativa del mismo.

La posibilidad que tiene en sus manos la administración empleadora de recurrir a una u otra fórmula para la prestación de servicios, no se había visto hasta el momento reconducida bajo ninguna suerte de marco o de principio general que estableciera un modelo determinado, sino que, más bien, la opción por uno u otro tipo de personal dependía de la decisión puntual de la Administración concernida<sup>166</sup>. De esta circunstancia se deriva el interés que despertó la posible existencia de un diseño constitucional sobre la materia.

En todos los textos constitucionales de nuestra historia se pueden encontrar referencias a los empleos públicos<sup>167</sup>, pero no ha existido nunca un pronunciamiento

---

<sup>165</sup> PAREJO ALFONSO, L; Prólogo a la monografía de FONDEVILA ANTOLÍN, J.; *Constitución y empleo público. Estudio y propuestas en relación a un régimen jurídico común*. Comares, 2000, pág. XVI.

<sup>166</sup> FONDEVILA ANTOLÍN, J.; *Constitución y empleo público. Estudio y propuestas en relación a un régimen jurídico común*; Comares, 2000, pág. 28. Como este autor señala, “la utilización de uno u otro régimen jurídico se ha efectuado sin ningún tipo de límite o frontera nítida, es más no ha existido un criterio jurídico superior que determinara cuándo debía utilizarse uno u otro régimen.”

<sup>167</sup> Constitución de Bayona de 1808 : “ninguno podrá obtener empleos públicos civiles y eclesiásticos si no ha nacido en España”; Constitución de Cádiz de 1812: “sólo los que sean ciudadanos podrán obtener empleos municipales y elegir para ellos en los casos señalados por la Ley” o “toda persona que ejerza cargo público, civil, militar o eclesiástico, prestará juramento, al



constitucional claro acerca del régimen jurídico y la naturaleza de las relaciones entre la Administración y las personas que en ella prestan sus servicios<sup>168</sup>. Ha quedado en manos del legislador ordinario, a veces incluso en manos del gobierno en el poder, la concreta regulación de la materia, así como la opción por el régimen al que se someterán las relaciones entre la Administración y su personal.

Con todo, en la Constitución de 1978 se comprueba que son varios los preceptos dedicados a esta cuestión; ello demuestra la preocupación existente sobre la materia. Considerado desde una perspectiva histórica, quizá lo más destacable de todas las novedades introducidas por la Constitución, sea la previsión, a partir de este momento, de una reserva de ley en el establecimiento del estatuto de la función pública. Con ello se pretende dejar configurado un esquema según el cual, el empleado desde su ingreso, entra en una situación predeterminada por la Ley y el Reglamento, entendiéndose por este último, un reglamento ejecutivo supeditado a la Ley y nunca sustituyendo a ésta en la tarea de determinar el estatuto de los funcionarios públicos.

Pero, salvando la cuestión de la reserva de Ley que, por otra parte, es una cuestión que tampoco ha quedado exenta de polémica, lo cierto es que la práctica totalidad de las cuestiones relativas al estatuto del personal al servicio de la Administración han suscitado diferentes interpretaciones por parte de la doctrina

---

tomar posesión de su destino de guardar la Constitución, ser fiel al Rey y desempeñar debidamente su encargo"; el Estatuto Real de 1834 y la Constitución de 1837 establecerán también requisitos para el acceso a los empleos públicos relativos a la nacionalidad y al mérito y capacidad respectivamente, esto último se reproducirá en la Constitución de 1845 y la de 1869. De este modo, se fue consolidando la tradición constitucional española, según la cual, el acceso a los cargos y funciones públicas se protegía constitucionalmente. Así, la alusión al mérito y la capacidad aparece tanto en la Constitución republicana de 1876, como en la Constitución de 1931. Por su parte, el Fuero de los Españoles hace también referencia a los citados principios. La Constitución española de 1978 contiene las referencias conocidas en los arts. 23.2 y 103.3.

<sup>168</sup> Puede verse el repaso que en los diversos textos del constitucionalismo español se hace del tratamiento de las cuestiones relativas a la función pública desde la Constitución de 1812 hasta nuestros días en; CANTERO MARTÍNEZ, J.; *El empleo público: Entre el estatuto funcional y el contrato laboral*, Marcial Pons, 2001, pág. 255. Para un análisis más detallado de la función pública en nuestro constitucionalismo, también nos remitimos a GARRIDO FALLA, F.; *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1985, págs 1434 y ss.

desde la aprobación del texto constitucional. Interpretaciones que luego, con la entrada en vigor de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, arreciarán las críticas y la confusión en torno a cual sería el concreto modelo en el que pensaba nuestro constituyente. Después de la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987<sup>169</sup>, dictada en Recurso de Inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la mencionada LMRFP, el panorama, en efecto, se ha oscurecido más si cabe, porque, tomando como referencia el citado pronunciamiento, se han elaborado interpretaciones conducentes, cada una, a soluciones contradictorias acerca del modelo de función pública.

En lo relativo a la cuestión de la reserva de Ley que, como se decía, había quedado establecida en el precepto constitucional comentado, la STC 99/1987 delimitó el alcance de la misma con notable amplitud en la determinación del estatuto de los funcionarios. La Ley debe necesariamente determinar la adquisición y la pérdida de la condición de funcionario, las condiciones de promoción en la carrera administrativa y las condiciones en las que ésta puede darse; alcanza también a los derechos y deberes, a la responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de los cuerpos y escalas funcionariales, al modo de provisión de los puestos de trabajo y a la regulación del acceso a la función pública. El posterior desarrollo del Estado de las Autonomías planteará, una y otra vez, la necesidad de redefinir los contornos del conjunto de materias cuya regulación es competencia exclusiva del Estado y para ello habrá que poner en relación los artículos 103.3 y 149.1.18ª de la Constitución<sup>170</sup>.

Por otro lado, el progresivo crecimiento de la contratación laboral en la Administración Pública también hará preciso, andando el tiempo, dibujar los

---

<sup>169</sup> Dictada por el Pleno el 11 de junio (RTC 1987/99).

<sup>170</sup> En todo caso, más adelante, en el Capítulo III de este trabajo se contienen referencias a la delimitación competencial en materia de empleo público entre el Estado y las Comunidades Autónomas y los Municipios.

contornos de la delimitación entre funcionarios y trabajadores en un mismo espacio público. He aquí el principal obstáculo que ha complicado el proceso de elaboración de un estatuto profesional para la función pública. De hecho, se puede decir que es una cuestión clásica en la doctrina la referencia a las distintas teorías elaboradas acerca del modelo constitucional de empleo público<sup>171</sup>.

El artículo 103.3 CE resulta clave porque de la lectura de su texto, en el que expresamente se menciona el término “estatuto”, se podría interpretar que en la Constitución se hace referencia a dos tipos de relaciones jurídicas: la relación funcional, de naturaleza unilateral, sometida, según este mismo artículo 103.3 CE, a un régimen estatutario de derecho público; y la relación laboral, sometida, según el artículo 35.2 CE, al Derecho del Trabajo. Quedarían así perfiladas dos relaciones jurídicas reguladas cada una de ellas por una normativa jurídica de diferente naturaleza.

Mucho se ha escrito después acerca de la teoría unilateral, estatutaria, que supuestamente adoptó el Tribunal Constitucional cuando resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto en su día frente a la LMRFP<sup>172</sup>. Para aquéllos que

---

<sup>171</sup> A este respecto, sin perjuicio de la correspondiente toma de posición en la cuestión, destacan por su contribución a clara exposición de las posiciones diferentes sostenidas, los trabajos de CANTERO MARTÍNEZ, J.; *El empleo público: Entre el estatuto funcional y contrato laboral*, Marcial Pons, 2001, págs. 261 y ss. y FONDEVILA ANTOLÍN, J.; *Constitución y empleo público. Estudio y propuestas en relación a un régimen jurídico común*. Comares, 2000. págs. 28 a 47.

<sup>172</sup> Al respecto, pueden verse los trabajos de PARADA VÁZQUEZ, R.; *Derecho Administrativo: Organización y Empleo Público*, Madrid, 1997, págs. 420 y ss.; DEL SAZ, S.; “Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional”, en AAVV., *Nuevas Perspectivas del Derecho Administrativo*, Madrid, 1992, págs. 183 y ss. En esta línea, aunque con ciertos matices, también se ha situado GARRIDO FALLA, F.; *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1985, págs. 1043 y 1044. Por su parte, CÁMARA DEL PORTILLO, D. en “La Función Pública ante el Tribunal Constitucional: Una oportunidad perdida”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 57, 1988, págs. 101 y ss., considera que la citada sentencia, debido al retraso con el que ha sido dictada, plantea extraordinarias dificultades en su aplicación una vez que la Ley 30/84 ya ha sido objeto de un considerable desarrollo. Por otra parte, en cuanto al contenido de la STC, el mismo autor cree que “el Tribunal Constitucional ha desaprovechado una oportunidad de oro para arrojar algo de luz sobre nuestra maltrecha burocracia”, pág. 102. Sobre esta sentencia puede verse también: SÁINZ MORENO, F.; “El estatuto de la Función Pública después de la STC 99/1987 y de la Ley 23/1988”, *Revista de Administración Pública*, nº 117/1988, págs. 321 y ss.

defendieron esta posición, la Constitución excluía cualquier posibilidad de aplicación del derecho del trabajo en la Administración, argumentando, además, que la admisión de personal laboral en este ámbito, supondría una discriminación contraria al art. 14 CE toda vez que daría entrada a un personal titular de derechos colectivos de sindicación, negociación colectiva y huelga, de los cuales disfrutaría en su plenitud en contraste con otro colectivo, el funcionarial, que se vería privado de ese mismo ejercicio, lo que constituiría una desigualdad incompatible con la Constitución.

En la STC 99/1987 se afirma<sup>173</sup> que la Constitución ha optado por un régimen estatutario, con carácter general, para los servidores públicos. En esta premisa se apoya la consideración de la reserva de Ley para la delimitación de los casos y las condiciones bajo las que pueden reconocerse otras posibles vías para el acceso al servicio de la Administración Pública. No obstante, es discutible la interpretación “al pie de la letra” que de ella se ha efectuado. Porque lo cierto es que no hay ningún precepto constitucional que establezca la exclusividad del régimen funcionarial para la prestación de servicios en la Administración Pública<sup>174</sup>. Y, sin embargo, una afirmación realizada *obiter dicta* por el Tribunal, ha sido luego ampliamente asumida por el legislador, imponiendo un importante freno al proceso de extensión del ámbito de aplicación de la legislación laboral<sup>175</sup>.

Es posible entender con determinados autores, ya citados, y que han dedicado páginas excelentes al estudio de esta cuestión, que pueden defenderse interpretaciones más generosas con el régimen laboral del personal al servicio de la

---

<sup>173</sup> Fundamento Jurídico Tercero, letra c).

<sup>174</sup> La tesis de la neutralidad de la CE ha sido sostenida, entre otros, por SALA FRANCO, T.; *Incidencia de la legislación laboral en el marco del empleo público*, INAP, 1989, págs. 15 a 17.

<sup>175</sup> LÓPEZ GÓMEZ, J.M.; op. cit. pág. 165. Es notable, por su parte, la favorable acogida dispensada por la doctrina administrativista a la aclaración que realiza el Tribunal Constitucional acerca de que la función pública se sirve, como regla, por los funcionarios públicos. Véanse, por todos, las manifestaciones de PALOMAR OLMEDA, A.; *Derecho de la Función Pública*, op. cit. pág. 202, que la valora muy positivamente porque pone “freno a la degradación del estatuto de los funcionarios públicos que, presumiblemente, se avecinaba”

Administración, no excluyéndolo por inconstitucional, ni tampoco convirtiéndolo en un régimen excepcional. Verdaderamente, lo único que se puede afirmar con rotundidad acerca de lo que señalan los preceptos constitucionales, es que existe una reserva de ley estatal para regular las bases del estatuto de los funcionarios públicos y que, como se ha advertido anteriormente, el acceso a la función pública habrá de hacerse respetando los principios de mérito y capacidad<sup>176</sup>.

El Tribunal no hace un pronunciamiento explícito acerca del problema de la dualidad de regímenes jurídicos en la Administración. Junto con la expresión de la preferencia general por un régimen funcionarial para los funcionarios públicos, admite la existencia de otras clases de vinculación con la Administración distintas de la clásica relación funcionarial. De modo que está admitiendo la constitucionalidad del vínculo laboral en la Administración, si bien será labor del legislador en cada momento adecuar y dotar de una extensión mayor o menor al régimen laboral, pudiendo incluso limitarlo<sup>177</sup>.

La sentencia del Tribunal Constitucional no llegó a adentrarse suficientemente en el núcleo de la cuestión debatida, sólo contiene referencias indirectas relativas al asunto de la convivencia de regímenes dentro de la Administración y dichas referencias tan sólo porque eran necesarias para la resolución de la cuestión debatida, esto es, el análisis de la constitucionalidad de determinados preceptos de una norma legal. La publicación de la LMRFP puso sobre la mesa la polémica acerca del diseño constitucional del empleo público, pero el Tribunal eludió en todo lo posible hacer un pronunciamiento expreso sobre esta delicada cuestión. Se limitó al juicio de constitucionalidad de los preceptos legales controvertidos y, sólo a estos efectos, se pueden identificar pronunciamientos como el relativo a la preferencia constitucional con carácter general por el vínculo estatutario para la prestación de servicios en la Administración.

---

<sup>176</sup> SALA FRANCO, T.; op. cit. pág. 16.

<sup>177</sup> CANTERO MARTINEZ, J.; El empleo público.....op. cit. pág 260.

En esta línea, además de la interpretación de quienes defienden la existencia de un régimen estatutario con carácter general pero no lo consideran exclusivo, que es la posición, hoy mayoritaria, apoyada fundamentalmente en el repetido pronunciamiento del Tribunal Constitucional<sup>178</sup>, es posible colegir, y así ha sido destacado ya<sup>179</sup>, la admisibilidad en el marco de nuestra Constitución de una pluralidad de regímenes jurídicos. Así pues, es comprensible por qué dicho pronunciamiento no llegó a satisfacer, ni a aquellos que esperaban del Tribunal una rotundidad que no tuvo en el establecimiento de la exclusividad del régimen estatutario, ni tampoco a los que esperaban una admisibilidad explícita de la llamada “laboralización”.

Si la Constitución no se pronuncia sobre la posible o imposible presencia de personal laboral en el empleo público, puede reconocerse la neutralidad constitucional en cuanto a los posibles regímenes de los empleados<sup>180</sup>. Otra cuestión va a ser posteriormente el juicio que se puede hacer acerca de los efectos que tuvo sobre el empleo público la opción mantenida por la LMRFP, pero las críticas no

---

<sup>178</sup> Vid. ENTRENA CUESTA, R., “El régimen estatutario de los funcionarios públicos como postulado constitucional” en AAVV: *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al prof. E. García de Enterría*, vol. III, Madrid, 1991, págs. 2600 y ss; MONTORO CHINER, M<sup>a</sup> J., “Para la reforma del empleo público: nueve proposiciones”, *Revista de Administración Pública*, n<sup>o</sup> 136, 1995, págs. 179 y ss.; BAENA DEL ALCÁZAR, M.; “La Función Pública en la Constitución y las Leyes Orgánicas” en AAVV: *Administración y Constitución. Homenaje al profesor Mesa Moles*, Madrid, 1981, pág. 55 y ss.; RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.; “Trabajo, Función Pública y Constitución”, AAVV. *Seminario sobre relaciones colectivas en la Función Pública*, La Rábida, 1989, pág. 15.; GONZÁLEZ HABA GUIADO, ; “Los problemas del personal no funcionario”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n<sup>o</sup> 225, pág. 123 y ss.; LÓPEZ GANDÍA, J.; “Las relaciones colectivas en el empleo y la Constitución”, *Revista de Derecho Público*, n<sup>o</sup> 83, pág. 417; PÉREZ MARTÍNEZ, M.; “El personal al servicio de la Administración y la laboralización de la Administración Pública”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n<sup>o</sup> 234, págs. 255 y ss.; PALOMAR OLMEDA, A. *Derecho de la Función Pública*, Madrid, 2001, págs. 212 y ss.

<sup>179</sup> FONDEVILA ANTOLÍN, J.; *Constitución y empleo público. Estudio y propuestas en relación a un régimen jurídico común*. Comares, 2000. págs. 28 a 47.

<sup>180</sup> Vid. SALA FRANCO, T., *Incidencia de la Legislación Laboral en el Marco de la Función Pública*, INAP, 1989; LÓPEZ GÓMEZ, J.M., *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, Cívitas, Madrid, 1995; PRATS I CATALÀ, J.; “Los fundamentos institucionales del sistema de mérito”, *Documentación Administrativa*, n<sup>o</sup> 241-242.

deberían confundirse con el diseño constitucional. Acerca de la concreta regulación que la Ley introduce, sobre la llamada “laboralización” y la rectificación o matización introducida tras la STC 99/1987, nos detendremos en el apartado dedicado a la Ley 30/1984.

Por otra parte, cabe destacar también de la entrada en vigor de nuestro texto constitucional, la necesidad de asegurar la imparcialidad de los empleados públicos en el desempeño de sus funciones, que se ha identificado como un factor importante de una Administración independiente. La clara conclusión de la Constitución Española sobre el necesario respeto a la ideología y las creencias religiosas de sus funcionarios, debe cohonestarse con los límites que se derivan de la imposibilidad de anticipar públicamente el contenido de la opinión que el funcionario debe después plasmar en sus informes desde un estricto punto de vista técnico. También se deben tener en cuenta las cuestiones relacionadas con la necesidad de cumplir el deber de obediencia y respeto a los superiores, estas dos últimas cuestiones aparecen fuertemente relacionadas con la necesaria eficacia y con el principio de jerarquía.

Por todo ello, era preciso el establecimiento de un sistema de incompatibilidades<sup>181</sup>. Es bien sabido que en el ámbito del contrato de trabajo la incompatibilidad no se da sino como un pacto añadido al contrato y remunerado específicamente, como corresponde a su naturaleza limitativa del desarrollo de la actividad profesional de quien resulta obligado por él. No ocurre lo mismo en el ámbito de la función pública en el que el establecimiento de un sistema de incompatibilidades obedece a razones muy relacionadas con el desempeño de una función pública, en un ámbito en el que el desempeño de una segunda actividad podría comprometer la imparcialidad exigible a todo servidor público<sup>182</sup>. No

<sup>181</sup> Vid. NOGUEIRA GUASTAVINO, M.; *La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo*, Aranzadi, 1997, en concreto las páginas dedicadas al estudio del ámbito subjetivo de la competencia prohibida en lo referido a los trabajadores por cuenta ajena al servicio de las administraciones públicas: el solapamiento de la normativa de incompatibilidades con la prohibición laboral de competencia, págs. 151 a 156.

<sup>182</sup> Vid. ALVAREZ DE LA ROSA, M.; “El régimen jurídico de las incompatibilidades en los

obstante, el sistema de incompatibilidades instaurado por nuestra legislación dista mucho de ser pacífico, pues se ha criticado el hecho de ser excesivamente rígido al establecer de manera absoluta la incompatibilidad con cualquier empleo privado.<sup>183</sup> Sobre estos aspectos se volverá a la hora del examen de conjunto de los rasgos característicos de la relación de empleo público.

#### **4.3. El reconocimiento constitucional de los derechos colectivos en el empleo público**

No es de recibo señalar la trascendencia que encierra la expresa previsión constitucional efectuada en los artículos 28 y 37 CE acerca del reconocimiento de los derechos colectivos. Ni siquiera haría falta señalar el salto cualitativo que, desde esta óptica, supone la aprobación constitucional. Es en este concreto momento histórico cuando el paradigma del empleo público, que hasta ese momento se había movido en torno a elementos configuradores de signo individual, se abre a lo colectivo dándose entrada, de este modo, a una nueva dimensión en el ámbito público.

El hecho es que, en contraposición con el modelo precedente, la Constitución instaura un sistema democrático de relaciones laborales basado en el reconocimiento de la libertad sindical y el pleno juego de la autonomía colectiva. Como elementos básicos sobre los que descansa el sistema constitucional de relaciones laborales<sup>184</sup>, puede señalarse, en primer lugar, el mantenimiento de una concepción dialéctica de las relaciones de trabajo que asigna al conflicto un papel funcional. En coherencia

---

contratos de trabajo del sector público”, *Documentación Administrativa*, nº 210 y 211, 1987, págs. 227 a 265.

<sup>183</sup> ALVAREZ GUENDIN, S.; “El problema de las incompatibilidades de los funcionarios públicos”, *Revista de Administración Pública*, 1962, nº 39, págs 93 a 126; ALVAREZ DE LA ROSA, M.; “Seis sentencias del Tribunal Constitucional: concluye el proceso de constitucionalidad al régimen jurídico de incompatibilidades”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1991, nº 49, págs. 803 a 815.

<sup>184</sup> Como puso de manifiesto PALOMEQUE, LÓPEZ, M.C.; *Los derechos laborales en la Constitución Española*, CEC, 1991, págs. 15 a 19.



con esta línea, se reconoce la existencia de sujetos colectivos portadores de intereses diferenciados y contrapuestos que son por parte de los trabajadores, los sindicatos y los órganos de representación unitaria y por parte de los empresarios, las asociaciones empresariales. Cerrando el círculo, esta concepción dialéctica de las relaciones productivas también llevará al reconocimiento de derechos de conflicto, esto es, el reconocimiento del derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses.

En segundo lugar, se encuentra la consideración de la autonomía colectiva como un poder autónomo que comparten los sujetos colectivos antes mencionados para autorregular esos intereses contrapuestos. Como interlocutores sociales, éstos desarrollan una función reguladora de las condiciones de los contratos de trabajo que se integra en el sistema de fuentes como pieza esencial del sistema normativo. Y en tercer lugar, está la intervención del Estado al que se le atribuye una función de promoción y de alimentación del sistema, una función que bien puede quedar plasmada en el art. 9.2 CE donde se afirma que corresponderá a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas.

Ello sin duda ha tenido una singular trascendencia dentro del ámbito de la función pública donde, aunque con titubeos, como ahora veremos, se ha admitido el juego de la plena vigencia de estos derechos con todo lo que ello comporta. Se puede decir por lo tanto, sin exagerar, que han sido estos derechos genuinamente laborales los principales responsables del cambio imparable experimentado en el entorno del empleo público desde el momento de la aprobación de la Constitución. De una posición de partida en la que la diferencia entre el empleo privado y el público, en lo tocante al reconocimiento de los derechos colectivos, era tal que se podía configurar a este último como una “especie de mundo aparte inasequible a los avances sociales que iban caracterizando el derecho del trabajo”<sup>185</sup>, encontramos

---

<sup>185</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., *Proyecto Docente*, Capítulo VI (empleo público y empleo

hoy un panorama de creciente acercamiento en el plano de lo colectivo entre los dos empleos<sup>186</sup>.

Los derechos colectivos ejercidos en el contexto público son un ejemplo paradigmático de la importación y la influencia de las instituciones y principios jurídico-laborales en el derecho regulador de la Función Pública. Se trata de derechos propios del Derecho del Trabajo que han terminado por instalarse definitivamente en el seno de la Administración por obra de la celebración de contratos de trabajo. Bien puede decirse que el derecho de Libertad Sindical ha funcionado como una auténtica fuente de atracción para el resto de los derechos colectivos. Éstos, después han ido abriéndose paso en el contexto público de un modo más lento y no exento de escollos, algunos de los cuales aún permanecen hoy sin resolver.

#### *4.3.1 Virtualidad de la autonomía organizativa en el ámbito público.*

El reconocimiento de la libertad sindical de los funcionarios públicos se lleva a cabo en la Constitución de forma genérica. Todo cuanto se establece es una llamada sin más a la Ley para que establezca las peculiaridades de su ejercicio<sup>187</sup>. Ello se hace por partida doble. El artículo 103.3 CE al referirse a este derecho de libertad sindical remite al legislador el encargo de que regule las “peculiaridades” del ejercicio del derecho a la sindicación de los funcionarios públicos. También el propio artículo 28 CE que lo consagra como derecho fundamental<sup>188</sup>, hace idéntica

---

privado), 1993, pág. 196.

<sup>186</sup> Es destacable, asimismo, el hecho de que las relaciones sindicales en la función pública adoptan métodos y desarrollan objetivos característicos del sindicalismo privado, lo que, entre nosotros, se subraya en la consideración unitaria de la sindicación de trabajadores y funcionarios en la LOLS. Todo ello influirá en la concepción que señalaba RODRIGUEZ-PIÑERO de la función pública como “distinta y distante” del trabajo privado, en: “Trabajo, función pública y Constitución”, *Seminario sobre relaciones colectivas en la función pública*, Instituto Andaluz de Administración Pública, 1989, pág. 19.

<sup>187</sup> SALA FRANCO, T.; y ROQUETA BUJ, R.; *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Tirant lo Blanch, 1995, págs. 23 y ss.

<sup>188</sup> Vid. GARCÍA BECEDAS, G.; “Apuntes para un análisis de la Libertad Sindical en la

referencia a la necesidad de que una ley regule las peculiaridades del ejercicio del derecho por parte de los funcionarios públicos<sup>189</sup>.

De manera que por dos veces se hace referencia a la libertad sindical de los funcionarios en el texto constitucional. En ambas para referirse a las peculiaridades que ésta reviste en su aplicación en la función pública. Sin embargo, es llamativo el hecho de que la Ley Orgánica 11/1985, de Libertad Sindical que desarrolla el citado derecho fundamental, efectúe un tratamiento unitario a la hora de regular el contenido esencial de este derecho para trabajadores y funcionarios<sup>190</sup>. A los efectos de la titularidad del mismo, la LOLS considera trabajadores también a los funcionarios públicos. Luego, este esquema no pervive tal cual en el desarrollo práctico del ejercicio del derecho puesto que el contenido esencial del derecho de libertad sindical no resulta igual para los dos tipos de personal. Por eso puede decirse que las peculiaridades del derecho de libertad sindical de los funcionarios públicos son más de las que se hallan recogidas en la LOLS.

En cualquier caso, la ley, de conformidad con la Constitución, exceptúa del ejercicio de este derecho a los miembros de las FFAA y de los institutos armados de carácter militar (art. 28.1 CE y 1.3 LOLS)<sup>191</sup>, así como a los Jueces, Magistrados y

---

Constitución española", *Revista de Política Social* nº 124, 1979, págs. 39 a 61.

<sup>189</sup> Sobre los problemas fundamentales de la regulación jurídica de la libertad sindical de los funcionarios públicos, puede verse el trabajo de DEL REY GUANTER, S.; *Estado, sindicatos y relaciones colectivas en la función pública*, INAP, 1986, págs. 79 y ss.

<sup>190</sup> Sobre el contenido del derecho y su construcción constitucional debe verse el trabajo de, OJEDA AVILÉS, A., "Un contenido esencial algo venial. O los problemas técnicos de una dispersión hermenéutica" *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 44, 1990, págs. 581 a 604.

<sup>191</sup> Artículo 1.3 LOLS. A propósito del derecho de sindicación de los miembros de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad que no tengan carácter militar, su ejercicio se regirá por su normativa específica, dado el carácter armado y la organización jerarquizada de estos institutos: la Ley 2/1986 que aparece totalmente desvinculada de la LOLS, admite un reducido nivel de autonomía colectiva. Vid. sobre el ejercicio del derecho por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, FERNANDO PABLO, M.M.; "Ejército, Policía y Libertad Sindical", *Revista de Política Social*, nº 144/1984, págs. 101 a 152; LANDA ZAPIRAÍN, J.P.; "El ejercicio del derecho de representación de las policías autonómicas: cuestiones de competencia y especialidad reguladora en los casos catalán y vasco", *Revista de Trabajo* nº 96/1989, págs. 13 y ss.; DEL REY GUANTER, S.; "Los derechos colectivos en la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad",

Fiscales<sup>192</sup> en tanto permanezcan en activo (arts. 127.1 CE, 1.4 LOLS, 395 LOPJ y 59 EOMF). En lo que a estos últimos se refiere, su carencia de libertad sindical no es incompatible con la posibilidad de constituir asociaciones profesionales. Así pues, el amplio margen de maniobra dejado al legislador por el artículo 28.1 al otorgar a la Ley la facultad de limitar o excepcionar el ejercicio del derecho a las FFAA o Institutos Armados, ha sido empleado optando por la solución más restrictiva al exceptuar del mismo derecho a tales colectivos.<sup>193</sup> Por otra parte, los funcionarios de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que no tengan carácter militar, se rigen por una normativa específica. Y el resto de funcionarios públicos tiene atribuido tal derecho.

En definitiva, la LOLS pretende establecer una regulación homogénea del ejercicio del derecho de libertad sindical, ya se trate de trabajadores, ya se trate de funcionarios. Estaríamos pues, ante un tratamiento unificado del contenido esencial del derecho de libertad sindical de trabajadores y funcionarios. Sin embargo, el hecho de que en la LOLS, como decíamos, no se hayan querido establecer diferencias o en cualquier caso, establecerlas en mínima medida (por eso evitando hablar de límites o excepciones, se hace referencia a “modulaciones” en el ejercicio del derecho), lo cierto es que no podemos equiparar el contenido esencial del derecho de libertad sindical de los trabajadores a la libertad de sindicación de los funcionarios públicos. La ley establece unas peculiaridades mínimas. Y de nuevo

---

*Revista de Trabajo*, nº 84/1986, págs. 65 a 103. FERNÁNDEZ URRUTIA, A.; “El sistema representativo de los miembros de la Ertzaintza” en *Las relaciones laborales en las AAPP*, vol. II. *XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, MTAS, 2001, págs. 279 a 305. Sobre la Guardia Civil, vid.: VELASCO PORTERO, M.T.; “La guardia civil y el derecho de libertad sindical” en *Las relaciones laborales en las AAPP*, vol. II. *XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, MTAS, 2001, págs. 231 a 150;

<sup>192</sup> De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 127.1 de la Constitución, los Jueces, Magistrados y Fiscales no podrán pertenecer a sindicato alguno mientras se hallen en activo (art. 1.4 LOLS).

<sup>193</sup> El legislador podía, en efecto, haber decidido libremente entre alguna de estas tres determinaciones: 1) exceptuar el ejercicio del derecho, 2) limitar su ejercicio, y 3) no adoptar ninguna restricción. Ante estas posibilidades la Ley ha optado por la más restrictiva de todas ellas. PALOMEQUE, LÓPEZ, M.C.; *Los derechos laborales en la Constitución Española*, CEC, 1991, págs. 44 y 45; SALA FRANCO, T. y ROQUETA BUJ, R.; *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Tirant lo Blanch, 1995, pág. 32.

vemos cómo se habla de “peculiaridades”, para no hablar de limitaciones o excepciones. En todo caso, y a pesar de la escasa determinación legal en este punto, existen razones que determinan la obligación de considerar estas peculiaridades.

Debe empezarse por tener en cuenta que la sola referencia a las peculiaridades se plasma en la determinación de ciertas diferencias en el ejercicio del derecho de libertad sindical por parte de los funcionarios públicos. Diferencias que “sólo afectan a determinados aspectos de la Libertad Sindical, sin llegar a vaciarla de contenido”<sup>194</sup>. Además de los límites externos propios de los derechos constitucionales, límites que derivan de la colisión de un derecho con otras situaciones subjetivas constitucionalmente reconocidas<sup>195</sup>, el funcionario se encuentra de modo específico con otros límites derivados de su condición de tal. Estos son límites que se derivan por razón de jerarquía, subordinación y buen funcionamiento del servicio<sup>196</sup> y por la necesaria consecución del interés general preferente en todo servicio público<sup>197</sup>. Pero lo que puede resultar muy importante es diferenciar estos límites, que restringen el derecho de libertad sindical de los funcionarios públicos y en tanto que son restrictivos deben ser interpretados a su vez restringidamente, y las peculiaridades en el ejercicio del derecho. Éstas últimas afectarán más bien a regulaciones diferenciadas de determinados aspectos del ejercicio de la actividad sindical, bien que no deje de estar latente “un germen de solapada restricción”<sup>198</sup>.

Aquel mandato al legislador para abordar las peculiaridades del derecho de sindicación de los funcionarios no fue, por tanto, abordado en su totalidad por la

---

<sup>194</sup> STC 98/1985 de 29 de julio.

<sup>195</sup> STC 81/1983 de 10 de octubre.

<sup>196</sup> STC 81/1983 de 10 de octubre.

<sup>197</sup> SSTC 91/1983 de 7 de noviembre y 143/1991, de 1 de julio, esta última sobre los límites de la libertad de información sindical de los funcionarios en los establecimientos penitenciarios en razón a la satisfacción del interés público que preside su relación funcional.

<sup>198</sup> STS de 13 de mayo de 1986 (RJ. 2371).

LOLS. Esta Ley se limitará a recoger los supuestos de excepción del derecho, ya conocidos, sin acometer verdaderamente la regulación global. En cuanto a la posibilidad de que dichas peculiaridades se vieran recogidas en el mencionado estatuto de la Función Pública, ello no sucedió, al menos en lo que se refiere a la LMRFP. En todo caso, la Ley que reguló los órganos de representación unitaria de los funcionarios y la participación de éstos en la determinación de las condiciones de trabajo, Ley 9/1987 de 12 de junio ha cumplido, al menos en una parte, ese papel de recoger las peculiaridades porque establece una regulación diferenciada en materia de negociación colectiva, estableciendo lo que más propiamente podemos llamar una suerte de participación de los funcionarios en la determinación de las condiciones de trabajo. La Ley 9/1987 también prevé unos órganos específicos de representación unitaria en la función pública. Con ellos se trató de proporcionar un encaje y desarrollo legal a lo previsto en el art. 129.2 CE relativo a la participación.

Indudables razones de jerarquía, obediencia y lealtad del funcionario podrían ser opuestas al reconocimiento pleno de los derechos sindicales en la Administración Pública, no obstante, dichos argumentos despliegan su eficacia en un plano diferente al colectivo pues se trata de nociones que tienen un fundamento organizativo y no contractual. Se trata de nociones que actúan en planos diferentes<sup>199</sup>. Es más, la actuación plena en el ámbito público de los intereses colectivos no tiene porqué suponer el incumplimiento de las obligaciones propias de un empleado público, el interés colectivo puede incluso ser positivo y perfectamente compatible con la eficacia o la productividad administrativa<sup>200</sup>. Por otra parte, hay razones de proximidad de intereses que acercan a los funcionarios al resto de los trabajadores más que a una élite de dirigentes públicos identificados con la gestión del poder. En los momentos de aprobación de nuestra Constitución era ya poco sostenible la visión del empleado público como un sujeto identificado con el poder,

---

<sup>199</sup> BAYLOS GRAU, A.; *Derecho de Huelga y Servicios Esenciales*, Tecnos, 1988, pág. 43

<sup>200</sup> SALA FRANCO, T.; *La libertad Sindical y los empleados públicos*, Universidad de Sevilla, 1972, pág. 119; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., *Proyecto Docente*, Capítulo VI (empleo público y empleo privado), 1993, pág. 196.

con identidad de intereses y mero agente de una voluntad soberana. Esta concepción mucho menos se puede mantener hoy ante la realidad de la prestación de servicios profesionales de los funcionarios y trabajadores para la Administración. Si acaso, pudiera quedar reservada para algunos altos funcionarios que mantienen, por razón de su cargo, una posición “fiduciaria” y “política”<sup>201</sup>, pero no para la gran mayoría poseedora de intereses propios y contrapuestos al interés de la Administración<sup>202</sup>.

Dicho esto, no es menos cierto que la entrada en el ámbito público de todo este torrente colectivo tendrá repercusiones importantes y sus efectos aún hoy son notables. Por un lado, porque todo un conjunto de empleados públicos cuyo régimen jurídico se encontraba regulado por normas administrativas, los funcionarios públicos, empezarán por estrenar de momento un marco nuevo, el constitucional, en el que afianzarán las manifestaciones de integración y representación colectiva que hasta el momento venían produciéndose de un modo casi clandestino e informal. En este flamante contexto se producirá un espectacular desarrollo de su derecho de representación colectiva, de su posibilidad de participación en la determinación de sus condiciones de trabajo, incluso de su capacidad de expresión de conflictos. Al mismo tiempo, en paralelo, se iba abriendo paso el desarrollo de los derechos colectivos de los trabajadores. Este proceso se veía amparado por un conjunto legislativo de signo promocional, por el propio empuje que se ejercía desde las instituciones, por la general consideración, en fin, de que era necesario impulsar un nuevo sistema de relaciones laborales. Y ello también repercutió, sin duda, dentro del contexto del empleo público en buena parte porque en la Administración se encontraban también trabajadores, sujetos en consecuencia a esta nueva regulación y, casi lo más importante, sujetos de esta nueva sensibilidad.

---

<sup>201</sup> BAYLOS GRAU, A.; *Derecho de Huelga y Servicios Esenciales*, Tecnos, 1988, pág. 43

<sup>202</sup> Sin embargo, no debe olvidarse que el destinatario último de los servicios del personal funcionario resulta ser la ciudadanía, la comunidad, o si se quiere, el conjunto de los contribuyentes. Además, respecto de aquellos funcionarios públicos que tienen encomendada una tarea revestida de “imperium”, esto es, que tienen una participación en el poder público, son razones de posición jerárquica del funcionario en la Administración las que ponen de manifiesto la estrecha relación del funcionario con la Administración a la que representa.

De este modo se multiplican los ámbitos de representación, las estructuras colectivas de defensa de intereses y también los instrumentos reguladores, que serán de distinta naturaleza, de derecho público o privado según el tipo de empleado público de que se trate. Esto determinará la peculiaridad más sobresaliente de todas cuantas presenta el reconocimiento de los derechos colectivos en el empleo público: la diversidad de canales según la naturaleza del personal<sup>203</sup>. Andando los años aparecerá la regulación de la Ley Orgánica de Libertad Sindical en 1985, de ahí se derivará el tratamiento unitario de este derecho para trabajadores y funcionarios, con todos los matices efectuados con anterioridad. Después aparecerá la Ley de Órganos de Representación y determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las administraciones públicas en 1987, que establecerá los órganos de representación unitaria en la función pública. Pero, junto a estos órganos, estarán los propios órganos de representación unitaria de los trabajadores al servicio de la Administración regulados, como corresponde a su naturaleza laboral, por la Ley del Estatuto de los Trabajadores desde 1980. Quedan pendientes otras cuestiones muy vinculadas a éstas ya vistas. La admisión de la negociación colectiva y el ejercicio del derecho de huelga merecen un tratamiento separado más adelante.

---

<sup>203</sup> Sobre el particular, me parecen muy acertadas las reflexiones de MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.; en, "La aplicación del sistema constitucional de relaciones laborales en la función pública" en AAVV: *El sistema económico en la Constitución Española*, vol II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994, págs. 2117 y ss. Este autor pone de manifiesto las limitaciones a las que se halla sometida la relación de empleo público que inciden sobre la misma diferenciándola de la relación laboral. Dichos límites se pueden clasificar, siempre siguiendo a este autor, en dos tipos: límites sustanciales y límites instrumentales. Entre los límites que denomina sustanciales, se analiza el principio de tratamiento no unitario entre el personal laboral y el funcional que apareció en un temprana resolución del Tribunal Constitucional en la que se negaba el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos. La STC 57/1982 de 27 de julio, ha tenido un gran trascendencia posteriormente y en ella se aduce que "la distinción entre el personal funcionario y el personal laboral es básica en la legislación vigente". No obstante, esta doctrina del Tribunal es analizada críticamente al tiempo que se presentan los artículos 35.2 y 103.3 CE para corroborar la tesis de que la diferencia textual entre ambos no comporta necesariamente una regulación dispar entre el estatuto de los trabajadores y el estatuto funcional, sino que es posible llevar a cabo una regulación homogénea de ambas normas estatutarias. Ello no lo impiden las únicas excepciones que vendrían dadas por los específicos tratamientos que la CE prevé para ciertos colectivos de funcionarios y también por el contenido diferenciado de la relación orgánica, esto es, tan sólo cuando estos actúen como órganos de la Administración investidos de las correspondientes potestades.



En lo relativo al ejercicio de los derechos de actividad sindical, los funcionarios afiliados a un sindicato podrán constituir secciones sindicales de conformidad con lo establecido en los estatutos sindicales, podrán celebrar reuniones, recaudar cuotas y distribuir información sindical fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la actividad. Podrán, asimismo, recibir la información que les remita el sindicato con excepción del personal civil en los establecimientos militares. De todos estos derechos de actividad sindical, el único de los mencionados que presenta peculiaridades en la Función Pública con respecto a la actividad sindical de los trabajadores privados, es el de reunión sindical que se encuentra recogido y regulado en la LORAP (artículos 41-43).

La LOLS, en el artículo 2.2.d) establece que el ejercicio de la actividad sindical comprende, en todo caso, el derecho de huelga, el derecho a la negociación colectiva...y el derecho a la presentación de candidaturas para la elección de Comités de Empresa y Delegados de Personal, *y de los correspondientes órganos de las administraciones públicas, en los términos previstos en las normas correspondientes*. Tratándose de empleados públicos vinculados mediante contrato laboral, la representación en el centro de trabajo se realiza mediante los órganos recogidos en el ET, por el contrario, la representación de los funcionarios públicos (tratándose de personal con vínculo administrativo o estatutario) se regula en la LORAP, (delegados de personal y juntas de personal). Todo ello, se entiende sin perjuicio de la representación sindical que se encuentra regulada en la LOLS<sup>204</sup>.

---

<sup>204</sup> Sobre el derecho de Libertad Sindical en la Función Pública, pueden verse, entre muchos otros; AA.VV.: "Los derechos colectivos en la Función Pública", *Tribuna Laboral*, nº 5, 1985; CASAS BAAMONDE, M.E.; "Los derechos sindicales de los funcionarios públicos en las Administraciones Vascas" en *Administración Pública y Sindicalismo*, Oñate (IVAP), 1988, págs. 75 a 96; FERNÁNDEZ LÓPEZ y CRUZ VILLALÓN, J.; "Los sindicatos en la Función Pública: Régimen jurídico y representaciones sindicales en el centro de trabajo" en *Seminario sobre relaciones colectivas en la función pública*, Sevilla, (IAAP), 1989, págs. 199 y ss. GÁRATE CASTRO, J.; "Ámbito subjetivo de la libre constitución de sindicatos en las Administraciones Públicas", *Relaciones Laborales*, nº 9, 1988; GÓMEZ CABALLERO P.; *Los derechos colectivos de los funcionarios*, Madrid (CES), 1994.

Por todo ello se oponen dificultades serias para adaptar el contenido esencial del derecho de libertad sindical y extenderlo a los funcionarios públicos<sup>205</sup> en la medida en que se consideren parte del contenido esencial del derecho, la negociación colectiva, la huelga y los conflictos colectivos. En cualquier caso, al margen de las anteriores observaciones, lo más destacable resulta ser el hecho de que en estos ámbitos administrativos la aceptación de la libertad sindical ha sido decisivamente importante para una progresiva cristalización del resto de derechos de alcance colectivo<sup>206</sup>.

#### *4.3.2 Las derivaciones aplicativas del reconocimiento de la libertad sindical de los funcionarios públicos. Cauces para la negociación colectiva en el empleo público*

- a) Fundamento constitucional de la negociación colectiva en la función pública. La evolución de un imposible

La negociación colectiva de las condiciones de trabajo en la función pública ha experimentado un proceso de desarrollo largo y problemático. Primero se excluía claramente aquélla por considerar que chocaba frontalmente con los esquemas de sujeción del personal al servicio de la Administración. Andando el tiempo, se fueron abriendo cauces informales de negociación entre la Administración y los funcionarios bajo la cobertura formal de procedimientos de consulta o de información. Finalmente, se ha ido abriendo camino, no sin resistencias como vamos a ver, el reconocimiento legislativo de una suerte de derecho a la negociación

---

<sup>205</sup> Así, por ejemplo, se ha cuestionado seriamente, y en la actualidad incluso, la plena aplicación de la negociación colectiva en el ámbito de la función pública. El propio Tribunal Constitucional ha llegado a afirmar en la sentencia 57/1982, de 27 de julio, que “del derecho de libertad sindical de los funcionarios públicos no deriva necesariamente el derecho a la negociación colectiva y menos todavía con efectos vinculantes”, apoyándose en la necesidad de preservar la supremacía de la administración.

<sup>206</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.; *Proyecto Docente*, op. cit. pág. 220, señala que la experiencia española es en este punto bastante elocuente, ya que en las Administraciones Públicas, al menos en determinadas esferas, por ejemplo en sanidad y en educación, se conocen unas tasas de afiliación proporcionalmente más altas que en el empleo privado

colectiva.

El máximo intérprete de la Constitución, antes de que se desarrollara legislativamente la Libertad Sindical, se mostró reticente a aceptar como contenido constitucional del estatuto de los funcionarios públicos su derecho a la negociación colectiva. Esta es la doctrina de la STC 57/1982 de 27 de julio. En estos momentos, las SSTC 80/2000 y 224/2000, han declarado expresamente que el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos ejercido por sus representantes sindicales se integra dentro del derecho de libertad sindical, gracias al art. 28.1 y su desarrollo en la LOLS. No obstante, la matización efectuada por el Tribunal Constitucional sobre su doctrina inicial llega en un momento en el que ya por parte de la doctrina del TS se ha recibido esta línea negadora del derecho a la negociación colectiva como un derecho referido a los funcionarios públicos<sup>207</sup>.

El Tribunal Constitucional considera que el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos es un derecho de estricta configuración legal<sup>208</sup>. La negociación colectiva no forma parte del contenido constitucionalmente declarado de la libertad sindical, y puesto que constituye un derecho de reconocimiento y configuración estrictamente legal, una vez que éste se ha producido, se integra en la vertiente dinámica y colectiva pero únicamente con las características que le reconozca el legislador en cada momento, siendo éste libre de reconocerlo o de negarlo.

En el ordenamiento español, es clara la referencia que se hace en el art. 37 CE al derecho de negociación colectiva *laboral*. De manera que el derecho a la

---

<sup>207</sup> Véase, si no, como un buen exponente de esta doctrina del TS el pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TS de 14 de julio de 1994 (RJ. 1994/6071) en el que se afirma que “ni la constitución, ni la LOLS atribuyen a los sindicatos un derecho de negociación colectiva, según hemos visto, ni tan siquiera según veremos de inmediato, se lo atribuye propiamente la Ley 7/1990, de 19 de julio;...”. Vid. MARTÍNEZ GAYOSO, M.N.; *El derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos en la Constitución*. Bilbao, 2002, pág. 40.

<sup>208</sup> STC 80/2000 de 27 de marzo, F.J. 6º; STC 224/2000 de 2 de octubre; F.J. 8º y STC 85/2001 de 26 de marzo, F.J. 5º.

negociación colectiva de los funcionarios públicos no podrá fundamentarse en tal precepto. El contenido esencial del derecho de libertad sindical comprende el derecho a la negociación colectiva, pero la amplitud con la que se ha formulado la reserva de ley (art. 103 CE) para los funcionarios tiene unas serias consecuencias restrictivas en cuanto a las fuentes reguladoras en el derecho de la función Pública. Así pues, con estos antecedentes normativos<sup>209</sup>, fácilmente se percibe la dificultad que entraña la aceptación de un sistema negociado de regulación. Pese a todo, el legislador acogió en 1987 la participación de representantes en la determinación de las condiciones de trabajo en la función pública con la Ley 9/1987.

La temprana sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de julio de 1982, la STC 57/1982, tiene una buena parte de responsabilidad en la configuración que ha ido produciéndose respecto a este derecho para los funcionarios públicos. La doctrina que en ella se establece ha influido decisivamente en la jurisprudencia del TS y en la propia doctrina constitucional que se ha construido con posterioridad. Hay que tener en cuenta que la citada sentencia se dictó con ocasión de un conflicto positivo de competencia y que en ella se pretendía negar la competencia al gobierno vasco para dictar un decreto sobre regulación colectiva de las condiciones de trabajo de la Administración local<sup>210</sup>. Lo que ocurre es que además, en el transcurso de la argumentación de la misma, el Tribunal se decide a precisar el contenido esencial del derecho de libertad sindical afirmando que la constitución no reconoce el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos. Esta afirmación se apoya en tres grandes grupos de argumentos. Por una parte, está la teoría acerca de la supremacía de la Administración como organización identificada con la defensa del interés general. Dicha posición de supremacía se compadece mal con el

---

<sup>209</sup> De hecho, con los artículos 37.1 y 103.3 CE como telón de fondo, la sentencia del Tribunal Constitucional 57/1982 de 27 de julio, afirmó que la constitución no reconoce el derecho de libertad sindical

<sup>210</sup> Más concretamente se ha señalado en la STC 57/1982, el propósito de “acabar con el anhelo autonómico vasco de crear su propio modelo de relaciones laborales”, Vid. MARTÍNEZ GAYOSO, M.N.; *El derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos en la Constitución*, Bilbao, 2002, pág. 47.

reconocimiento y el ejercicio de la negociación colectiva porque ellos supondrían un riesgo para el interés público. Por otra parte, está el argumento de la diferencia de regímenes jurídicos entre el personal estatutario y el laboral. Dicho de otro modo: puesto que se trata de regímenes de diferente naturaleza jurídica no es contrario al principio de igualdad el distinto tratamiento dispensado a estos dos colectivos puesto que existe una razón objetiva que justifica el trato desigual que reciben unos y otros. Finalmente, el Tribunal Constitucional acaba estableciendo que el derecho de negociación colectiva es un derecho de reconocimiento legal y ello porque el artículo 37 CE no se refiere a los funcionarios públicos y porque el derecho de negociación colectiva no deriva necesariamente del derecho de libertad sindical.

Claro que a estos argumentos del Tribunal Constitucional se le pueden oponer ciertas razones de peso. Por una parte, puede considerarse, en lo relativo a la posición de supremacía de la Administración, que ciertamente en ello se verían sustentadas las razones que abogaban por una defensa del interés público, como interés general. Pero una cosa es el interés general y otra el interés propio de la Administración. Es esta una cuestión que ya ha sido planteada en estas líneas. Una cuestión es el interés de la organización y otra muy diferente el interés general que la organización está llamada a defender. En consecuencia, lo que habría que ver es si la negociación colectiva puede ser incompatible con la adecuada defensa de este interés general, de este interés público. Y habrá que concluir que no. De hecho, la realidad de la celebración de contratos de trabajo en la Administración Pública ha significado la apertura en este ámbito de toda la aplicación de las normas laborales y por ello, por supuesto, también la admisión del ejercicio de los derechos colectivos. Si cuando se trata de trabajadores no hay razones de supremacía administrativa que pesen más que el ejercicio de estos derechos constitucionales, no se comprende muy bien por qué se oponen dichos argumentos cuando se trata de funcionarios públicos. Una respuesta podría ser que las funciones desempeñadas por los funcionarios públicos implican el ejercicio de autoridad...etc.; pero ello sería predicable, en todo caso, de un reducido grupo de ellos y desde luego no de la mayoría cuya actividad

bien los asemeja a cualquier trabajador en cuanto a contenido de las funciones e incluso en cuanto a los intereses que puedan tener en el desempeño de esas funciones.

La afirmación de que el artículo 37.1 CE no puede ser aplicado a los funcionarios públicos es la consecuencia de los serios problemas que ha planteado la interpretación del citado precepto constitucional. Por un lado, se trató sobre la interpretación que cabía hacer del término “laboral” empleado por la CE. Así, el término laboral puede hacer referencia a los protagonistas de la negociación, entendiendo entonces que ésta se refiere sólo a la negociación entre los sujetos de una relación de trabajo por cuenta ajena sometida a la regulación de la norma laboral. Por otra parte, es posible también entender que el adjetivo “laboral” hace referencia al posible contenido de esa negociación colectiva y en ese sentido se entiende que el término debe interpretarse en un sentido amplio que englobe todas las cuestiones que afectan a las relaciones laborales o las que son propias de las relaciones productivas. La CE se refiere al ámbito objetivo de dicha negociación sin prejuzgar para nada su ámbito subjetivo<sup>211</sup>. Otra cuestión es el alcance que se dé a una segunda expresión contenida en este artículo 37.1 CE cual es “los representantes de los trabajadores y empresarios”. Con respecto a esta fórmula puede interpretarse que, dado el criterio atécnico empleado por la CE a la vista de los arts. 7 y 28, no hay razón para entender que en el artículo 37.1 se utiliza otro criterio. Ello por lo menos en lo que se refiere al concepto trabajadores que debería ser interpretado de igual manera que el art. 7 CE, esto es, en un sentido amplio que englobe a los funcionarios. La duda surge al analizar el binomio trabajadores-empresarios porque dentro del concepto empresarios no puede entenderse comprendida la Administración, así que debe entenderse referido estrictamente a representantes de los trabajadores y representantes de los empresarios por contraposición a lo que pudiera ser representantes de los funcionarios y

---

<sup>211</sup> ROQUETA BUJ, R.; *La negociación colectiva en la función pública*, Tirant lo Blanch, 1996, pág. 35.

representantes de la Administración. La doctrina iuslaboralista mayoritariamente ha interpretado que el término “representantes de los trabajadores y de los empresarios” debe ser entendido rigurosamente con referencia a las partes de la relación jurídico laboral sin que se pueda extender a la relación funcionarios-Administración Pública<sup>212</sup>.

De esta manera, si el artículo 37.1 CE no puede aplicarse a la negociación colectiva de los funcionarios públicos, la única vía posible para articular la fundamentación constitucional de este derecho consiste en entender que forma parte del contenido del derecho de libertad sindical del que son titulares los funcionarios públicos. En esta línea, son notables los esfuerzos interpretativos de la citada STC 57/1982 que, partiendo de una lógica sistemática, han llevado a cabo una reinterpretación de la sentencia mencionada de manera que no resultarían de ella efectos tan absolutamente negativos para la admisibilidad de la negociación colectiva en la función pública<sup>213</sup>. A estos efectos, resulta de suma importancia destacar que el Tribunal Constitucional sí admite la existencia de un nexo conceptual entre el derecho de sindicación y la participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, si bien considera que ésta puede desarrollarse a través de distintas vías. Así, el Tribunal sostiene que “el legislador puede optar en amplio espectro por diferentes medidas de muy distinto contenido que resuelvan adecuadamente la participación de los órganos representativos de los funcionarios en la fijación de las condiciones de empleo,

---

<sup>212</sup> ALONSO OLEA, M.; “La negociación colectiva” en AAVV: *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978*, III, Edersa, Madrid, 1983, pág. 607. APARICIO TOVAR, J.; “La contratación colectiva de los funcionarios” en AA.VV: *Jurisprudencia Constitucional y Relaciones Laborales*, CEC, 1983; LÓPEZ GANDÍA, J.; “Las relaciones colectivas en el empleo público y la Constitución Española”, *Revista de Derecho Público*, nº 83, 1981, págs. 397 a 437; DEL REY GUANTER, S.; “Libertad Sindical y Funcionarios Públicos” en *Comentarios a la Ley de Libertad Sindical*, Tecnos, 1986, págs. 67 a 145; RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.; *El estatuto de los funcionarios públicos*, Comares, 1997; LAHERA FORTEZA, J.; *La titularidad de los derechos colectivos de los trabajadores y funcionarios*, CES, 2000.

<sup>213</sup> RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M.; “La negociación colectiva de los funcionarios públicos en la ley 9/1987”, *Relaciones Laborales*, nº 20, 1987; ROQUETA BUJ, R.; *La negociación colectiva en la función pública*, Tirant lo Blanch, 1996, pág. 58.

como lo demuestra el derecho comparado, en que existen diversos sistemas determinados por las negociaciones informales no previstas en la Ley, que representan meros consejos sin fuerza de obligar; la presentación de sugerencias o de recomendaciones; las consultas oficiales a organismos paritarios creados por la ley, que sólo asesoran o dictaminan sin vinculación alguna; o la participación en acuerdos regulados por la Ley y que por regla generalizada necesitan de una norma estatal o de una autoridad superior que apruebe el convenio, que en todo caso sufre la exclusión en mayor o menor medida en materias importantes, sustrayéndolas del ámbito de la negociación”<sup>214</sup>.

Así pues, si había de ser la ley estatal la que introdujera en su caso el derecho de negociación colectiva en la función pública, esto sucedió inicialmente con la Ley de Medidas de Reforma de la Función Pública, Ley 30/1984 de 2 de agosto cuyo art. 3.2.b) señala que corresponde al Gobierno determinar “las instrucciones a que deberán atenerse los representantes de la Administración del Estado cuando proceda la negociación con la representación sindical de los funcionarios públicos de sus condiciones de empleo, así como dar validez y eficacia a los acuerdos alcanzados mediante su aprobación expresa y formal, estableciendo las condiciones de empleo para los casos en los que no se produzca acuerdo en la negociación”. Por lo tanto la LMRFP es la primera norma de rango legal que reconoce expresamente la posibilidad de la negociación colectiva en la Administración Pública<sup>215</sup>. En esta misma línea se situó luego la LOLS aunque esta ley reconocerá que las organizaciones sindicales, en el ejercicio de la actividad sindical tienen derecho a la negociación colectiva...en los términos previstos en las normas correspondientes. Finalmente, tras un largo y difícil proceso de elaboración normativa, ve la luz la Ley 9/1987, de 12 de mayo, de órganos de Representación, Determinación de las

---

<sup>214</sup> STC 57/1982, Fundamento Jurídico nº 9.

<sup>215</sup> En idéntico sentido se expresaron las leyes autonómicas sobre función pública posteriores a esta ley y la Ley 7/1985 de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, ratificando el derecho a una cierta negociación colectiva de los funcionarios aunque remitiéndose acto seguido a la legislación estatal sobre la materia.



## Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas.

Sabiendo que la plena vigencia de los derechos colectivos en el ámbito funcional distaba mucho de ser una cuestión pacífica<sup>216</sup>, se comprenden la expectativas que generó la entrada en vigor de la Ley 9/87, expectativas que posteriormente se vieron reforzadas cuando la Ley 7/90 amplió el contenido de la negociación colectiva de los funcionarios públicos y la participación en la determinación de sus condiciones de trabajo. Ahora, después del tiempo transcurrido desde su entrada en vigor y con la perspectiva de estos años de aplicación, puede afirmarse que la realidad de los derechos colectivos de los empleados públicos continúa sin ser la más satisfactoria. Muchos y muy variados son los elementos que ensombrecen el panorama; la existencia de colectivos sujetos a diferentes regímenes jurídicos es quizá el más destacable y es causa de no pocas distorsiones en la organización del empleo público<sup>217</sup> que, por otra parte, no hay que olvidarlo, se sitúa en un contexto de servicio objetivo al interés general actuando con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho. Todo ello ha condicionado desde el principio la extensión que alcanza el ejercicio de ciertos derechos colectivos de sus empleados.

### b) El parangón de la negociación colectiva laboral.

---

<sup>216</sup> Como evidencia la abundante bibliografía disponible sobre este tema, entre la cual se puede señalar, sin ánimo de exhaustividad: SALA FRANCO, T., *La incidencia de la legislación laboral en el marco de la función pública*, INAP, 1989; SALA FRANCO, T. y ROQUETA BUJ, R., *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Tirant lo Blanch, 1995; GÓMEZ CABALLERO, P., *Los derechos colectivos de los funcionarios*, CES, 1994; RODRÍGUEZ RAMOS, M.J. *El Estatuto de los funcionarios públicos: su convergencia con el Estatuto de los Trabajadores*, Comares, 1997; IZQUIERDO HERNÁNDEZ, F.J., *La laboralización de los funcionarios públicos*, Tirant lo Blanch, 1996.; MARTÍNEZ GAYOSO, M.N.; *El derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos en la Constitución*, Bilbao, 2002, y *Las comisiones de seguimiento de pactos y acuerdos en la función pública*, IVAP, 2002.

<sup>217</sup> A este respecto, se ha abordado últimamente por la doctrina la posibilidad de establecer un régimen jurídico unitario para todos los empleados públicos.

El marco jurídico de la negociación colectiva del personal laboral al servicio de la Administración es un marco disperso. Esta circunstancia, con ser importante, no es sino otra más, que unida los demás ingredientes definidores de la presente situación del estatuto jurídico del personal laboral, están suscitando en la doctrina reflexiones sobre la conveniencia de considerar a este personal sujeto de una relación laboral de carácter especial<sup>218</sup>. Tampoco es que el marco normativo del personal funcionarial, como estamos viendo, sea un modelo de seguridad jurídica. El concreto aspecto de la negociación colectiva, por ejemplo, plantea problemas en torno al contenido y a los efectos de esa negociación, al no estar claros los límites, al no estar diferenciada la negociación colectiva de lo que es concertación social o política<sup>219</sup>.

Pero la negociación colectiva del personal laboral es diferente incluso atendiendo a su fundamento constitucional y legal porque se encuentra regulada por el Título III ET, en tanto que la negociación de los funcionarios públicos se desarrolla de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Órganos de Representación en la Administración Pública. De esta realidad se extraen considerables consecuencias prácticas que determinan la peculiaridad que rodea al empleo público. Unas veces, ha sido este tipo de negociación colectiva modelo de aproximación tendencial al que se dirigían los esfuerzos negociadores en el ámbito funcionarial. Otras veces, han surgido nuevas fórmulas como la negociación conjunta de ambos tipos de personal, pero los problemas que plantea esta negociación colectiva unitaria o mixta de personal laboral y funcionario en un

---

<sup>218</sup> Precisamente, esta es una cuestión que igualmente lleva ya un buen periodo de tiempo siendo objeto de discusión y de estudio por la doctrina. Así, entre los primeros que reflexionaron sobre ella se encuentra, M. GODINO REYES, *El contrato de trabajo en la Administración Pública*, Cívitas, 1996, págs. 319 y ss. MARTÍNEZ ABASCAL, V.A., "La regulación homogénea de las relaciones de trabajo dependiente en la función pública" *Revista de Derecho Social*, nº 7, 1999, y LÓPEZ GÓMEZ, J.M., "La relación laboral especial del personal laboral de las Administraciones Públicas" *Revista de Derecho Social* nº 7, 1999.

<sup>219</sup> Sobre ello, véanse las consideraciones recientemente efectuadas por ROQUETA BUI, R.; "La negociación del incremento de las retribuciones de los funcionarios públicos (a propósito de la sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000)" *Justicia Laboral* nº 13, 2003, pág. 66.

mismo instrumento colectivo no han tardado en darse a conocer<sup>220</sup>. En los Ayuntamientos se han dado experiencias de este tipo pero a este respecto, el Tribunal Supremo siempre ha sido rotundo declarando la nulidad de pleno derecho de esos acuerdos mixtos que resultan ser inviables por el diferente régimen jurídico de las dos clases de personal<sup>221</sup>.

Como es lógico suponer, la negociación colectiva del personal laboral se encuentra regulada en el Título III del Estatuto de los Trabajadores, tal y como corresponde a la naturaleza jurídica de esta clase de personal. No obstante, el hecho de que uno de los sujetos negociadores resulte ser la Administración Pública sin duda modaliza la aplicación de la Ley<sup>222</sup>. Aunque no son estas cuestiones las que

---

<sup>220</sup> Sobre este particular puede verse la monografía de, MARÍN ALONSO, I.; *La negociación colectiva conjunta del personal laboral y funcional en la Administración Pública. Los acuerdos mixtos*, Comares, 1999.

<sup>221</sup> Sobre la posibilidad de la negociación colectiva conjunta del personal laboral y el funcional se pueden ver, además del trabajo de MARÍN ALONSO, I.; *La negociación colectiva conjunta de funcionarios y trabajadores*, ya citado, las páginas que le dedican a este particular OJEDA AVILÉS, A.; *Derecho Sindical* y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. *La negociación colectiva de los funcionarios públicos*, Cedecs, 1996, págs.91 y ss. A este respecto, SALA FRANCO ya anticipaba en las *Jornada de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos*, que un tipo de negociación como ésta sería, no sólo más eficaz, sino también más respetuosa con el principio de igualdad. Para ello bastaría que las partes sean las legitimadas en ambos regímenes, que se respeten sus respectivos procedimientos y que se formalicen por separado, lógicamente. A la vista de todo cuanto antecede, resulta fácil concluir que estamos frente a un marco jurídico mal regulado, lleno de lagunas y de silencios legales que dificultan aún más la solución de los numerosos problemas que se presentan. A este respecto, conviene recordar que el TS mantiene que “aunque sean posibles y pudieran resultar convenientes acuerdos de principio unificadores o armonizadores de los criterios a seguir en relación con ambos colectivos, no es posible llegar a acuerdos para ambos como reiteradamente ha mantenido la jurisdicción contencioso administrativa declarando la nulidad de acuerdos o convenios conjuntos”, STS de 16 de julio de 1998 (RJ. 7021) y también SSTS de 22 de octubre de 1993 (RJ. 7544) y 9 de febrero de 1998 (RJ. 2110). Vid también; *La negociación colectiva en el empleo público*, (Informe elaborado por SALA FRANCO, T., BLASCO PELLICER, A. y ALTÉS TÁRREGA, J.A.), MTAS, 2001, págs. 202 y 203. También sobre negociación mixta en el seno de las Administraciones Públicas la Jurisprudencia, otras SSTS (Sala 3ª) que niegan eficacia a la negociación por este procedimiento: de 9 de febrero de 1998 (RJ. 2110), de 6 de junio de 1994 (RJ. 5108), de 22 de octubre de 1993 (RJ. 7544), de 29 de junio de 1992 (RJ. 5195). Considerando estos pactos como pactos de eficacia limitada. Por su parte, la Sala cuarta de este Tribunal ha reconocido en este tipo de pactos un mero valor programático o de declaración de principios. En este sentido, las STS de 12 de diciembre de 1997 (RJ.9165), 16 de julio de 1998 (RJ. 7021).

<sup>222</sup> MORALES ORTEGA, J. M.; “La legitimación negocial en los Convenios colectivos del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas” en AAVV: *El empleador en el Derecho del Trabajo*, Tecnos, 1999, págs. 295-305

nos ocupan y no vamos a detenernos en ellas, sí mencionaremos algunos aspectos problemáticos que plantea esta negociación laboral en la Administración Pública. Así, por ejemplo, la realidad de una organización pública en la mesa de negociación presenta serios obstáculos en la delimitación de las unidades de negociación<sup>223</sup>. También habrá que tener en cuenta que, respecto al procedimiento negociador, se prevé la existencia de un informe previo que es necesario evacuar<sup>224</sup>. Especial relevancia reviste otra peculiaridad que se presenta en la negociación colectiva de

<sup>223</sup> El principio general del ET según el cual (art. 81) las partes son libres para configurar las unidades de negociación, plantea problemas de adaptación cuando se trata de negociar un convenio colectivo que afecte a diferentes administraciones. Primero porque se plantea la cuestión de la legitimación ante la ausencia de asociacionismo empresarial de las AAPP. Aunque no existe norma ninguna que lo prohíba, es más que dudoso que pueda la Administración integrarse en una asociación empresarial. Para el Tribunal Supremo resulta claro que no pueden asociarse a estos efectos por la unidad de dirección, ni por el carácter público de la Administración (STS 14 jun. 1999, RJ. 5216). Sin embargo, parte de la doctrina opina de otra manera SALA FRANCO et al. La negociación colectiva en el empleo público, MTAS, 2001, págs. 15 y 16. No se ve un impedimento claro a la posibilidad de asociacionismo empresarial, aunque, tal vez, lo más apropiado sería el fomento de alguna clase de asociacionismo administrativo a estos efectos. También los grupos de empresa tienen unidad de dirección, además, no hay ninguna norma que prohíba la asociación a la Administración Pública. Para evitar la aplicación del convenio sectorial en la Administración Pública y poder así negociar un convenio propio, lo que se suele hacer es aplicar las reglas de legitimación de los arts. 87 y 88 ET que en caso de negociación empresarial no plantean problemas. Sin embargo, en la negociación colectiva supraempresarial, la determinación de quién negocia está sin resolver de una manera pacífica. El Tribunal Supremo ha ido variando su doctrina, (STS 21 de Diciembre de 1999 sobre el Convenio Colectivo de la Generalitat de Catalunya, RJ. 528) pero puede decirse que existen dos líneas jurisprudenciales. La mayoritaria entiende que existe un criterio mixto, esto es, que la legitimación para la negociación por parte de la Administración se configura aplicando las reglas establecidas para la negociación empresarial y, en cuanto al banco social, se aplicarán las reglas de legitimación de la negociación colectiva supraempresarial. Este es el criterio de la mayoría, pero hay autores que coinciden con el voto particular que se formuló a esta sentencia, esto es, con la tesis minoritaria que defiende la consideración de negociación empresarial cuando la unidad de negociación fuese calificada de grupo de empresas, y la supraempresarial cuando fuera calificada de sectorial. Por ejemplo, en la negociación del convenio de las Universidades de una Comunidad Autónoma, por parte de los trabajadores negocian los sindicatos representativos de la Comunidad Autónoma y por parte del Estado se sentará en la comisión negociadora un representante de cada una. En términos similares se pronunciaba SALA FRANCO, en las Jornadas de la Comisión Consultiva de Convenios Colectivos. También puede verse, el trabajo, ya citado, *La negociación colectiva en el empleo público*, MTAS (Colección Informes y Estudios), pág. 17 y ss.

<sup>224</sup> Hasta el punto de que las Leyes sancionan con la nulidad la omisión del informe previo. En cuanto a la vigencia temporal también en el aspecto retributivo, las LLPP prevalecen y no se permite la plurianualidad. La competencia para conocer de los litigios que se planteen en este ámbito serán competencia del orden social de la jurisdicción. Por último, cabe igualmente plantearse la cuestión de la igualdad de trato o de la interdicción de la arbitrariedad, la plena vigencia de estos principios exige la igualdad de trato del personal de las Administraciones Públicas.

este personal cual es la referente al contenido de esta negociación pues las Leyes de Presupuestos Generales del Estado establecen sistemáticamente limitaciones a los incrementos salariales. Esto significa que las partes negociadoras se encontrarán vinculadas por estos topes legales que son de derecho necesario no pudiéndose pactar una masa salarial por encima de los máximos legales establecidos. Siendo como es, la materia salarial, uno de los capítulos más importantes en el contenido de la negociación, sin embargo en el empleo público, la negociación colectiva del personal laboral en lo que se refiere a salarios se centrará únicamente en la distribución y aplicación individualizada de las diferentes partidas salariales a los grupos y categorías de trabajadores<sup>225</sup>. Esto es todo lo que puede hacer en esta materia la negociación colectiva. Pero además existen otras leyes imperativas que despliegan sus efectos sobre este mismo ámbito. La Administración se encuentra sujeta al principio de legalidad en su actuación y ello implica que, junto al Estatuto de los Trabajadores, exista una serie de normas legales y reglamentarias de naturaleza imperativa absoluta que limitan la negociación por razones de orden público. Así, por ejemplo, determinados preceptos de la LMRFP, pese a ser parte más bien del estatuto de la función pública, despliegan sus efectos sobre el personal laboral. Se trata de cuestiones relacionadas con la Oferta de Empleo Público (arts. 3.2g) y 12 LMRFP), con la dotación de las plazas (art. 14), con el sistema de valoración de los puestos de trabajo (arts. 15 y 16), con las normas que regulan la selección del personal (art. 19.1). Otro tanto sucede con la Ley de incompatibilidades, o con la normativa reglamentaria reguladora de los sistemas de ingreso....etc.<sup>226</sup>.

Hasta aquí las cuestiones relativas a la influencia o las modalizaciones que se derivan de la naturaleza pública de la empleadora. Se trata de cuestiones que se insertan, digámoslo así, en la negociación colectiva laboral y determinan las

---

<sup>225</sup> Todo ello sin poder superar el tope establecido en la correspondiente Ley de Presupuestos. Vid. STS de 25 de febrero de 1998, RJ. 1965.

<sup>226</sup> Vid. SALA FRANCO T., BLASCO PELLICER, A. y ALTÉS TÁRREGA, J.A.; *La negociación colectiva en el empleo público*, MTAS, 2001, págs. 20 y ss.

peculiaridades mencionadas. Pero lo que a nuestros efectos puede resultar más relevante es el movimiento opuesto. Esto es, las influencias derivadas de la negociación laboral que trascienden ese ámbito y trasladan sus efectos a la negociación colectiva de los funcionarios públicos. Porque indudablemente la recepción de este derecho en el ámbito laboral ha provocado reacciones en el colectivo funcionarial que ha visto la negociación llevada a cabo por los trabajadores al servicio de la Administración como una referencia destacada a tener en cuenta en el propio desarrollo de su negociación colectiva. La tendencia será la de homogeneización de las condiciones negociadas, si bien cada colectivo a través de sus propios instrumentos jurídicos. Las experiencias ensayadas hasta ahora de negociación unitaria de ambos colectivos, ya hemos visto, sobre todo en el ámbito local donde han revestido cierta importancia, que no se han respaldado por la jurisprudencia que opone serios obstáculos a su admisión.

- c) El poder de autorregulación: La, nada pacífica, cuestión de la negociación colectiva de los funcionarios públicos

Llegados a este punto, la primera cuestión que se plantea es la difícil situación en la que se halla la negociación colectiva en la función pública. Aquel encadenamiento de circunstancias analizado en páginas anteriores, la interpretación restrictiva que tempranamente efectuó el Tribunal Constitucional, el propio desarrollo posterior de la institución marcado, sin duda, por la mencionada doctrina, dibujan hoy un marco regulador confuso e inseguro. Pero si la negociación colectiva en el empleo público ha llegado a ser una cuestión de indudable clasicismo dentro del elenco de temas tratados por la doctrina, con la polémica sentencia dictada por la Audiencia Nacional el 7 de noviembre de 2000, cobró una renovada importancia. Dicha sentencia ha devuelto actualidad a las cuestiones de negociación colectiva en el empleo público. Ha puesto de manifiesto, una vez más, las insuficiencias de un esquema regulador que, en buena parte, es el que ha propiciado la situación actual.

La negociación colectiva de los funcionarios públicos cuenta con unas características propias señaladas desde la Ley, que, delimitando las unidades de negociación, marca la estructura negocial de la función pública al limitar la libertad de las partes para estructurar la negociación<sup>227</sup>. Se trata, así pues, de una negociación centralizada y vertical. En cuanto a los sujetos negociadores, estamos ante una negociación colectiva fuertemente sindicalizada que no prevé la intervención de los representantes unitarios si bien, no existe previsión legal sobre otras muchas cuestiones importantes como el número de miembros de la comisión, el reparto de los puestos, las reglas de constitución de la mesa negociadora, etcétera.

Pero, la cuestión clave, al igual que se veía en lo relativo a la negociación laboral, es el contenido negocial. Por Ley se determinan las materias excluidas de la negociación y las materias de negociación no obligatoria<sup>228</sup> y en cuanto a las materias que pueden ser objeto de negociación, el art. 32 LORAP no sigue un criterio sistemático. Se podrá negociar sobre materias relativas al ingreso y a la promoción, sobre materias relativas a la retribución, a las condiciones de trabajo, a la protección social, a materias sindicales, y otras tantas. Observando la enumeración, se percibe cómo se mezclan materias sometidas a reserva de ley, y sobre las cuales, lo que la LORAP prevé es en realidad una concertación previa a la elaboración de proyectos de Ley, junto a materias sobre las que directamente se puede acordar. Así, SALA FRANCO ha criticado la confusión existente entre materias negociables con eficacia política y materias negociables con eficacia

---

<sup>227</sup> Rasgos que ya fueron señalados por ROQUETA BUJ, R; *La negociación colectiva en la función pública*, Tirant lo Blanch, 1996, págs. 113 y ss. También lo han señalado entre otros, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. *La negociación colectiva de los funcionarios públicos*, Cedecs, 1996, pág. 105 y ss. ESCUDERO RODRIGUEZ, R; "Comentarios a la Ley sobre órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas", *Relaciones Laborales*, nº 15, 1987. DEL REY GUANTER, S.; *Comentarios a la Ley de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas*, MAP, Madrid, 1988.

<sup>228</sup> Art. 34.1 y 2 de la Ley 9/1987. Vid. a este respecto, STSJ Madrid, Secc. 7ª, de 5 de abril de 2000 (AS 281024) o la STSJ Canarias (Las Palmas), de 15 de octubre de 1999, (RJCA 3972)

jurídica<sup>229</sup>.

En cuanto al procedimiento negociador, al tratarse de una negociación obligatoria, la Administración Pública tiene la obligación de negociar, es una exigencia legal, pero la cuestión es saber qué sanción existe para el incumplimiento de este deber de negociación. Si el gobierno dictase una disposición reglamentaria para regular una materia de las que se hallan sujetas a la obligación de negociar; en este caso, cabría declarar la nulidad de ese reglamento aprobado sin negociar. Pero el problema se presenta cuando se trata de una Ley aprobada sin tener en cuenta el trámite de la negociación. Si aquello a lo que estamos llamando negociación es, en realidad, verdaderamente, concertación, los sindicatos pueden denunciar en los medios de comunicación este incumplimiento, y poco más. Pero si fuera algo más que una concertación, se podría hablar también de una sanción por el incumplimiento del deber de negociar. Este es el problema, que ante el silencio de la Ley, no es fácil determinar con qué recursos se cuenta ante determinadas actuaciones gubernamentales contrarias, por ejemplo, a lo negociado. Por lo demás, si la negociación termina sin acuerdo, la Administración recupera su capacidad, su libertad para establecer las condiciones de trabajo<sup>230</sup>. Ahora bien, si el proceso de negociación termina con acuerdo, la Ley guarda silencio sobre cómo se adopta ese acuerdo. Este es un detalle más de entre los muchos que quedan en la ambigüedad legal.

El contenido de lo negociado puede revestir la forma de un Acuerdo o de un Pacto. En caso de que se trate de un Pacto bastará para su absoluta validez que

---

<sup>229</sup> Entre las multitud de paradojas que provoca la peculiar regulación y que se dan como consecuencia de la inserción del derecho laboral en el ámbito del derecho administrativo, que por definición es siempre de derecho imperativo, se da la circunstancia de que al no estar la jornada regulada por Ley y sí estarlo los permisos, se pueda negociar sobre jornada y no sobre permisos.

<sup>230</sup> Aunque en este caso, el Convenio n° 151 OIT, prevé la posibilidad de recurrir a procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos. Vid. OJEDA AVILÉS, A.; "La negociación colectiva de los funcionarios públicos y la entrada en vigor del convenio internacional n° 151 de la Organización Internacional del Trabajo", *Relaciones Laborales* II/1985, págs. 329 a 342.



resulte aprobado en la mesa correspondiente y se produzca su registro posterior. En cuanto a los Acuerdos, éstos precisan de la expresa aprobación formal del órgano competente. Si esa aprobación no se produce<sup>231</sup>, entonces la Administración recupera la libertad para determinar esa materia como considere conveniente. Lo que en ningún caso cabría es la modificación de lo acordado por esta vía.

Con todo, la cuestión más importante, y más delicada, es la determinación de la eficacia que tienen los Pactos y los Acuerdos. Desde todo punto, poseen eficacia normativa, personal y general, de manera que si la Administración incumple un pacto o un acuerdo sobre materias que se hallan sometidas a negociación auténtica cabe recurrir la nulidad del acto de la Administración por el que se materializa tal incumplimiento. La cuestión es diferente si lo que se incumple es un acuerdo colectivo cuyo contenido fuera el compromiso del gobierno de presentar un proyecto de ley en un determinado sentido. Ante ello quedará la vía informal de las protestas y las huelgas aunque también, se podría exigir responsabilidad a la Administración Pública incumplidora por el principio de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad.

Respecto a la vigencia temporal de lo acordado podemos hacer las mismas reflexiones que se hicieron más arriba con respecto a la negociación colectiva del personal laboral, es decir, cómo la sujeción a los Presupuestos Generales del Estado determina la imposibilidad de alcanzar compromisos plurianuales. El control de legalidad le corresponde a la jurisdicción Contencioso Administrativa, con ello se plantea la dualidad de sedes o la doble competencia jurisdiccional pues el personal laboral y el estatutario son materia de conocimiento del orden social de la jurisdicción en tanto que las cuestiones relativas al personal funcional serán de

---

<sup>231</sup> No están previstos en la Ley los motivos por los que esa aprobación puede no producirse. A este respecto cabe preguntarse si se trata de un acto discrecional y si debe ser o no motivado. Los posibles motivos podrían ser, la ilegalidad de fondo o de forma, la desviación respecto a las instrucciones dadas a los negociadores por parte de la Administración o el cambio absoluto de las circunstancias, en cuyo caso se apelaría a la cláusula *rebus sic stantibus*. Otra cuestión, como vemos, en la que el silencio de la Ley no hace sino contribuir al aumento de la confusión

competencia de la jurisdicción contencioso administrativa. Un dato más a sumar a la ya larga lista de cuestiones relacionadas con la dualidad de regímenes y de los efectos que ello provoca. Por último, dado que la Ley establece los procedimientos de negociación de modo exclusivo y excluyente, la negociación extraestatutaria no cabe<sup>232</sup>.

En cualquier caso, las páginas que anteceden expresan bien a las claras la nada desdeñable trascendencia que ha traído consigo el reconocimiento constitucional de los derechos sindicales en la función pública. Como se verá, y ya lo hemos avanzado en estas páginas, este no es un tema cerrado, ni pacífico, y tiene múltiples conexiones con muchos y muy variados aspectos de las relaciones laborales en el seno de la Administración Pública. La mencionada sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000<sup>233</sup> es el resultado de todos los factores expuestos si bien, de modo inmediato hay que decir que ha tenido también efectos “catárticos”<sup>234</sup>.

El problema jurídico que se planteó a la Audiencia Nacional por la Federación de Enseñanza de Comisiones Obreras tiene importancia: Se trata de delimitar el

---

<sup>232</sup> *La negociación colectiva en el empleo público*, (Informe elaborado por SALA FRANCO, T., BLASCO PELLICER, A. y ALTÉS TÁRREGA, J.A.), MTAS, 2001, págs. 155 a 158.

<sup>233</sup> (RJCA 2585). El impacto de la sentencia de la Audiencia Nacional sobre retribuciones de los funcionarios públicos se deja ver en la abundancia de opiniones que se produjeron de modo inmediato a la publicación del pronunciamiento. Sólo en la prensa de los días siguientes pueden verse, entre otros muchos, los artículos de: PÉREZ ROYO, J.; “Callejón sin salida”, *El País*, 26 de enero de 2001; VALDÉS DAL-RE, F.; “Una sentencia banalizada y falseada”, *El País*, 27 de enero de 2001; GONZÁLEZ PONS, E.; “¿Los jueces pueden cambiar una Ley del Parlamento?”, *El Mundo*, 28 de enero de 2001; SAGARDOY, J.A.; “Una sentencia desprovista de lógica”, *El País*, 28 de enero de 2001; LACUERDA, J.; “Las veleidades del destino”, *El País*, 28 de enero de 2001; GALLEGO ANABITARTE, A.; “Más sobre la sentencia de los funcionarios”, *Expansión*, 1 de febrero de 2001; RAMÓN FERNÁNDEZ, T.; “El parlamento, por encima de los pactos corporativos”, *El Mundo*, 2 de febrero de 2001; ORÓN MORATAL, G.; “Responsabilidad patrimonial por omisión”, *El País*, 8 de febrero de 2001. Un primer comentario también puede verse en, DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M.; “La vinculación de la Administración a los acuerdos alcanzados en la negociación colectiva. Primeras impresiones acerca de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Estudios Financieros, nº 215, 2001, págs. 145 a 150.

<sup>234</sup> Así lo ha puesto de manifiesto SALA FRANCO, T.; cit.

grado de vinculación de la Administración a la hora de elaborar los presupuestos generales a los compromisos contraídos en la negociación colectiva con sus empleados y las competencias que las Cortes Generales tienen reservadas en materia presupuestaria. Y todo ello surge como consecuencia de la interposición de un recurso contencioso administrativo frente a la Resolución del Ministro para las Administraciones Públicas de fecha 19 de septiembre de 1996 de no incrementar las retribuciones de los funcionarios para el año 1997. Se plantea además otra cuestión que se suma a la anterior y ésta es la negativa de la Administración a negociar en relación con la aplicación de los incrementos.

La existencia de un Acuerdo Administración - Sindicatos para el periodo 1995 - 1997 sobre condiciones de trabajo en la Función Pública de 15 de septiembre de 1994, tuvo una especial trascendencia para la resolución de la cuestión, porque en el capítulo VI del mismo se contenían determinadas disposiciones relativas al incremento de las retribuciones de los funcionarios públicos conforme al IPC para los años 1996 y 1997 y también disposiciones relativas a la obligación de negociar un mayor incremento atendiendo a otros factores. Pues bien, a decir de la sentencia, de conformidad con la Ley 7/90, de 19 de junio sobre negociación colectiva y participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos, este Acuerdo vinculaba a la Administración del Estado desde su aprobación<sup>235</sup>. Ahora bien, teniendo presente que es al Gobierno de la Nación a quien le corresponde la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado, la cuestión estriba en saber si para dicha elaboración se encuentra igualmente vinculado por lo acordado en negociación colectiva. De conformidad con los

---

<sup>235</sup> En efecto, según el artículo 35 de esta Ley, los Acuerdos versan sobre materias que son competencia del Consejo de Ministros, Consejo de Gobierno de las Comunidades Autónomas y órganos correspondientes de las Entidades Locales, y por eso, para su validez y eficacia precisan que tras la negociación con el órgano administrativo competente, reciban la expresa aprobación del Consejo de Ministros o del Consejo de Gobierno de las Comunidades Autónomas o de los órganos correspondientes de las Entidades Locales. En el presente caso, el acuerdo se alcanzó con el Ministro para las Administraciones Públicas que firmó, y por ello asumió, el Acuerdo al igual que el Consejo de Ministros al aprobarlo y, posteriormente, publicarlo (BOE de 20 de septiembre de 1994).

artículos 66.2 y 134.1 de la Constitución, efectivamente es al Gobierno a quien le corresponde dicha competencia, pero es a las Cortes Generales a las que corresponde el examen, enmienda y aprobación definitiva de la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Ello impediría, por un lado, la vinculación a pactos previos pues es claro que no pueden comprometerse ni limitarse por medio de normas jurídicas de inferior rango las competencias que la Constitución atribuye al poder legislativo. Pero por otro lado, en su sentencia la Sala observa que las Leyes no son meras declaraciones retóricas, son auténticas normas jurídicas, generales, con voluntad de permanencia, obligatorias e imperativas. Así pues, el contenido que al derecho a la negociación colectiva de los funcionarios ha dado la Ley 7/90 es un contenido “legal y con la fuerza de obligar propia de tal norma jurídica”<sup>236</sup>.

La Sala entiende que la competencia que en materia presupuestaria tienen las Cortes Generales alcanza al control y aprobación de los Presupuestos anuales del Estado y es un rasgo importante del control democrático que la soberanía popular ejerce sobre las cuentas y los ingresos del Estado. Pero diferencia entre la potestad presupuestaria de las Cortes, que es la que resulta concernida en este caso, y la potestad legislativa, entendiéndolo que ambas potestades aparecen diferenciadas claramente en el texto constitucional.

El establecimiento de incrementos cero en los salarios de los funcionarios

---

<sup>236</sup> Sin duda los aspectos retributivos de los Funcionarios Públicos tienen que figurar en los Presupuestos Generales del Estado puesto que se trata de gasto público, luego en esta materia se debe tener en cuenta también la competencia que la Constitución atribuye a las Cortes Generales en materia presupuestaria. He aquí el núcleo del problema: Supone volver una vez más sobre el alcance del derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos. Si la Ley ha determinado expresamente la eficacia y la fuerza vinculante de los Acuerdos suscritos entre la Administración y el Estado siguiendo sus dictados, sería contradictorio que éstos sólo vincularan si han sido aprobados por el órgano con competencia directa para la aprobación del gasto público por medio de los Presupuestos. Con las palabras que emplea la Sala en la sentencia: “Ello supondría una contradicción interna en la Ley que haría inexistente el derecho a la negociación colectiva, en el contenido y alcance por ella misma declarado, esto es, los Pactos y Acuerdos vinculan, en los términos del artículo 35 de la Ley 7/90, siempre que se cumplan las formalidades en él establecidas, y vinculan respecto de todas las materias contenidas en el artículo 32, que son objeto del ejercicio del derecho que se reconoce, ya que no existe exclusión respecto de ninguna de ellas”.

públicos para 1997, que se impuso por medio de la Ley de Presupuestos Generales para ese año, tuvo como razón de ser la necesidad de practicar, en el marco de una política de rentas, la contención salarial con el fin de reducir el déficit y la inflación y lograr una estabilidad que generase confianza y que hiciera posible el cumplimiento de los objetivos del Plan de Convergencia que permitirían la entrada de España al sistema de la moneda única. Lo expuesto es perfectamente legítimo y resulta comprensible el esfuerzo que desde un gobierno se encamina a lograr los objetivos marcados en materia económica. Pero en mi opinión, si se insiste en centrar el debate en términos de una directa confrontación entre las competencias de las Cortes Generales y la vigencia de determinados acuerdos colectivos se está actuando de modo imprudente porque no es esta cuestión la que se plantea en el caso. La potestad legislativa de las Cortes, como capacidad de “innovación del ordenamiento jurídico”<sup>237</sup> no es lo que está en juego. Ésta además no se ha puesto en entredicho por nadie, ni mucho menos por la Sala en su sentencia. Lo que se recoge en los argumentos jurídicos es que las Cortes, en materia presupuestaria, tienen la potestad de enmendar y aprobar los Presupuestos que el Gobierno les presenta para su aprobación. Facultad ésta de capital importancia, como se sabe, en un sistema democrático en el que el control del gobierno y, en concreto, del gasto público, es un elemento esencial. Pero ha sido una Ley plenamente vigente, aprobada por las Cortes, obviamente, la que ha dotado de fuerza vinculante a los Acuerdos firmados y aprobados según lo establecido por ella. No se trata pues, de enfrentar el Acuerdo entre la Administración y los sindicatos con la Ley de Presupuestos sino de la censura jurídica que según la sentencia de la Audiencia Nacional merece la actuación del órgano administrativo que actúa abiertamente en contra del contenido de un Acuerdo que le vinculaba pues éste fue concluido con arreglo a la Ley.

El otro aspecto importante mencionado es la negativa del órgano administrativo competente *a negociar* en relación con la Ley 7/90. El Tribunal estimó que la exclusión de la negociación del incremento retributivo decidida de manera unilateral

---

<sup>237</sup> PÉREZ ROYO J.; en *El País*, cit.

por el órgano administrativo competente en materia de relación funcional, vulneró los artículos 32, 33 y 34 de la Ley 7/90<sup>238</sup>.

Al afirmarse que la Administración tenía la obligación de negociar sobre estos aspectos económicos no se quiere decir que necesariamente hubiera que alcanzar un acuerdo. El deber de negociar<sup>239</sup>, como muy bien se recuerda en la sentencia, conlleva “el intento serio y razonado de llegar a acuerdos sobre el objeto de la negociación” de ahí que no tengan cabida dentro del parámetro legal, las actitudes obstruccionistas o, más en general, contrarias al principio de la buena fe<sup>240</sup> en la negociación, aunque esto no signifique que obligatoriamente haya que llegar a un acuerdo sobre tales aspectos. Más aún, en el propio capítulo VI del Acuerdo se recoge de manera expresa que la aplicación de los incrementos retributivos será objeto de negociación entre Administración y Sindicatos lo cual contribuye a acentuar la obligación de negociar que en el año 1997 tenía el órgano administrativo competente.

A la vista de todas estas consideraciones, no parece que resulte lo más adecuado que sólo sobre la seguridad económica de los empleados públicos y sobre su poder adquisitivo deban recaer las exigencias derivadas de la estabilidad y la convergencia económica que, por otra parte, nadie cuestiona. Lo que sí se cuestiona es el método empleado y la inflexibilidad que encierra la negativa a negociar. Esta censura no

---

<sup>238</sup> Se llega a esta conclusión porque el artículo 32 determina como ámbito material de la negociación colectiva, entre otros aspectos, el incremento de retribuciones de los funcionarios, la determinación y aplicación de esas retribuciones y las materias de ámbito económico de la prestación de servicios (letras a, b y k), luego, el aspecto retributivo de los funcionarios puede ser objeto de negociación colectiva si así lo quieren las partes negociadoras, pero no cabe que por decisión unilateral de una sola de ellas se excluya el incremento retributivo de la negociación colectiva puesto que esta materia no se encuentra entre las que el artículo 34 excluye de la obligatoriedad de negociación (esto es, las materias que afecten a la libertad de autoorganización de la propia Administración, las que afecten al ejercicio de los derechos de los ciudadanos frente a los funcionarios públicos y las que afecten al proceso de formación de los actos administrativos).

<sup>239</sup> CABEZA PEREIRO, J., *La buena fe en la negociación colectiva*, Escola Galega de Administración Pública, 1995.

<sup>240</sup> Sobre la vigencia de este principio en el ámbito administrativo, véase; GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, Cívitas, 1983.

sólo aparece en la sentencia, también en las argumentaciones del voto particular puede, si bien implícitamente, advertirse este deber de negociar pues, cuando el magistrado que lo formula entiende que del contenido del Acuerdo no se deriva el incremento automático de las retribuciones de los funcionarios para los años 1996 y 1997, sí señala que en el mismo capítulo VI se dispone que la aplicación de los incrementos sería objeto de negociación entre la Administración y Sindicatos. Así, aunque no se comparta el parecer manifestado en el voto particular sí resulta significativo que el mismo entienda que existen al menos orientaciones o directrices para una “negociación colectiva posterior, respecto de los años 1996 y 1997”.

Se ha señalado más arriba que, dado que el artículo 37 de la CE establece un sistema de negociación colectiva que se refiere a todos los trabajadores, al imponerse limitaciones al contenido de la negociación de los trabajadores del sector público se está produciendo un trato desigual para estos trabajadores con respecto a los del sector privado. Esta diferencia se ha tachado de injustificada<sup>241</sup> ya que se basa en un elemento jurídicamente irrelevante como es la naturaleza pública o privada del empleador. No obstante, la Administración, dada su finalidad de servicio a los intereses generales y la sujeción a la Ley, sí es un empresario peculiar. Debido a ello, en materia de negociación se halla obligada a mantener un determinado comportamiento en el que “la disponibilidad de contenidos se halla fuertemente limitada por las normas que, encauzan o limitan su propia voluntad negocial”<sup>242</sup>. He aquí el punto de fricción más serio en cuanto al reconocimiento de derechos colectivos de los funcionarios públicos: el contenido de la regulación de su derecho a la negociación colectiva. Ciertamente, se trata de un modelo más limitado que el laboral, no obstante, la obligación de negociar en la Función Pública, tal y como

---

<sup>241</sup> DE LA VILLA, L.E. y GARCÍA BECEDAS, G., “Limitaciones salariales y negociación colectiva: Acerca de la constitucionalidad de la Ley 44/1983”, *Relaciones Laborales*, I/1985, pág. 259; SALA FRANCO, T. y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.; “La negociación colectiva del personal laboral al servicio del sector público”, *Relaciones Laborales* I/1985, págs. 269 a 342.

<sup>242</sup> GARCÍA FERNÁNDEZ, M., “Capacidad convencional de las Administraciones Públicas (Sentencia del Juzgado de lo Social nº 19 de Barcelona, de 12 de noviembre de 1990)”, *Actualidad Laboral*, 1991, nº 6, pág.283.

venimos refiriendo en estas líneas, y aunque sea respecto a un contenido limitado, está adquiriendo “carta de naturaleza” en la Jurisprudencia<sup>243</sup>.

Es probable que cuando el legislador introdujo la negociación colectiva en el ámbito de la Función Pública no se tuviera muy claro hasta dónde se quería llegar con ese reconocimiento<sup>244</sup>. En este contexto de cierta indeterminación acerca del mayor o menor alcance de la autonomía colectiva en el ámbito público, se sitúan las consideraciones de quienes han sostenido que los acuerdos que versan sobre la aplicación de incrementos retributivos cuya autorización corresponde al Parlamento tan sólo constituyen una manifestación de la concertación social y, más concretamente, de la legislación negociada o prenegociada<sup>245</sup>. En la misma línea, se ha defendido la legitimidad del establecimiento de “techos salariales” para los empleados públicos en el marco de una determinada política de rentas<sup>246</sup> aunque también se señale que tratándose de medidas restrictivas de la autonomía colectiva deberían considerarse sujetas a todo tipo de cautelas, por periodos limitados de tiempo y sometidas a la discusión de las partes<sup>247</sup>.

Pero, admitir con carácter general que la mayoría de las materias contenidas en el artículo 32 de la Ley 7/90 se encuentran sujetas a la reserva de Ley puede llevarnos al absurdo de vaciar de contenido la propia Ley 7/90. Si esta Ley reconoce, en los términos por ella marcados, la negociación colectiva de los funcionarios públicos, es preciso reconocer un ámbito de actuación para la misma.

---

<sup>243</sup> DEL REY GUANTER, S. Y LUQUE PARRA, M., “Criterios jurisprudenciales recientes sobre la negociación colectiva de los funcionarios públicos”, *Relaciones Laborales* nº 4, 1997, pág. 27.

<sup>244</sup> ALFONSO MELLADO, C. L., “Cuestiones actuales en torno a los derechos colectivos de los empleados públicos”, *Tribuna Social* nº 120, diciembre 2000, pág. 19.

<sup>245</sup> SALA FRANCO, T. Y ROQUETA BUJ, R., *Los derechos colectivos de los funcionarios públicos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

<sup>246</sup> SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., *Política gubernamental y negociación colectiva en un contexto de crisis económica*. I.E.S., MTSS, Madrid 1980.

<sup>247</sup> FERNÁNDEZ ARTIACH, P., “Política de rentas en el sector público”, *Tribuna Social* nº 78, 1997, pág. 53.



No es esta la primera vez, ni será la última que se expresa el deseo de que la reserva de Ley en el contexto del empleo público sea interpretada en un sentido más favorable y coherente con el derecho de negociación<sup>248</sup>. Por ello, por lo que supone de reconocimiento a la virtualidad aplicativa de lo validamente acordado, creo que hay que valorar positivamente esta sentencia aunque haya que admitir la extraordinaria complejidad que encierra y aunque no se puedan compartir enteramente los efectos que el fallo produce.

Lo realmente destacable de toda esta cuestión, no es, en mi opinión la discusión que desde un punto de vista de la dogmática jurídica se puede entablar respecto de los límites al contenido de la negociación colectiva en el empleo público, ni la soberanía de las Cortes en la elaboración y aprobación de la ley presupuestaria. Lo que se pone de relieve, lo que esta sentencia ha planteado en toda su extensión es la peculiar relación de empleo público en una sociedad cambiante y modernizada como la nuestra. El sistema legal regulador está dando serias y preocupantes muestras de haberse quedado obsoleto<sup>249</sup>.

Las SSTs de 21 de marzo de 2002<sup>250</sup> han venido a anular esta sentencia de la Audiencia Nacional y lo hacen apoyándose en tres argumentos. Primero entienden que las previsiones contenidas en los acuerdos Administración Sindicatos carecen de efectos normativos directos. Segundo que la obligación de negociar se respetó en este caso por medio de la inclusión de este punto en las órdenes del día y por último, en tercer lugar, que la limitación de la autonomía negocial está justificada por la subordinación a la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Sin perjuicio de las consideraciones que cabe efectuar con respecto a las argumentaciones contenidas en esta sentencia, hay que decir que la solución dada

---

<sup>248</sup> ALFONSO MELLADO, C. L., op. cit. pág. 23.

<sup>249</sup> CASTILLO BLANCO, F.A.; *El sistema retributivo en la función pública española*, Marcial Pons, 2002, pág. 106.

<sup>250</sup> RJ.4318 y 4319.

por el Tribunal Supremo ha sido muy bien acogida por la mayoría de la doctrina, principalmente la administrativa<sup>251</sup>. Sin embargo, el problema principal que con la sentencia de la Audiencia quedaba expresado sigue sin resolverse, sigue sin ser abordado. Lo que encierra este conflicto en su seno es la cuestión de la vinculación de la Administración a lo acordado en un proceso de negociación con los representantes de sus empleados. Ello es algo que no queda resuelto porque, dejando aparte la voluntad del TS, adecuada desde un punto de vista jurídico formal, de reafirmar la legalidad presupuestaria, queda por saber si los acuerdos deben cumplirse y si el incumplimiento de los mismos tiene o no alguna consecuencia<sup>252</sup>.

Todo lo expuesto hasta ahora sobre la recepción de los derechos colectivos en el ámbito del empleo público avala la afirmación que se hacía de partida. La inseguridad jurídica es notable y se acrecienta con la existencia de diferentes tipos de personal, porque aunque el personal laboral se rige por el Estatuto de los Trabajadores, lo cierto es existen muchos problemas que se resuelven por contradicción de la Jurisprudencia. En materia de negociación de los funcionarios públicos, como se ve, hay abundantes lagunas y una más que notable falta de claridad al mezclar lo que puede ser negociar un proyecto de Ley, de lo que propiamente es negociar las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos. Resultaría clarificador diferenciar con claridad qué tipos de negociación colectiva de los funcionarios públicos puede haber. Resultaría clarificador que se plantease la conveniencia de profundizar en este debate, de plantearse hasta qué punto la normativa vigente sobre el empleo público es útil hoy como instrumento de gestión

---

<sup>251</sup> Que había razonado en líneas próximas: PALOMAR OLMEDA, A.; CANTERO MARTÍNEZ, J.; *El empleo público: entre el estatuto funcional y contrato laboral*, Marcial Pons, 2001, págs. 329 a 340, CASTILLO BLANCO, F.A.; *El sistema retributivo en la función pública española*, Marcial Pons, 2002, pág. 106.

<sup>252</sup> Resulta llamativo, y estimulante en mi opinión, que la propia doctrina administrativista señale esta cuestión. Hay que pensar que se trata de un sector doctrinal menos familiarizado con la lógica de los derechos colectivos, que mantiene una cercanía, que incluso llamaríamos natural, con la teoría del vínculo estatutario y con la unilateralidad que se predica del mismo. Pues bien, a pesar de ello, son notables las observaciones críticas referidas a estos aspectos. Véase, por todos,: CASTILLO BLANCO, F.A.; *El sistema retributivo en la función pública española*, Marcial Pons, 2002, pág. 106.

de un personal complejo y heterogéneo en unas administraciones públicas a su vez complejas y heterogéneas y avanzar hacia una regulación legal más adecuada. No se debe dejar pasar la ocasión que se nos brinda con motivo del conflicto planteado en estos pronunciamientos judiciales<sup>253</sup>.

#### 4.3.3 El ejercicio del derecho de huelga en la Administración.

El reconocimiento del derecho de huelga de los empleados públicos ha sido objeto de fuertes controversias desde el primer momento de su recepción constitucional en el artículo 28.2 CE. Deliberadamente o no, lo cierto es que tal precepto tan sólo hacía referencia al derecho de los *trabajadores*<sup>254</sup>. Esta expresión que debe ser interpretada en un sentido amplio, ha dado lugar a fuertes polémicas

<sup>253</sup> Desde luego, la respuesta de la doctrina indica bien a las claras el sumo interés que esta cuestión concita y la abundancia de aportaciones que se producen en un debate que supera los márgenes de una sola rama del ordenamiento jurídico. Entre las abundantes contribuciones doctrinales que la conocida SAN ha provocado, vid. GALLEGU ANABITARTE, A.; “La Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000 sobre retribución de funcionarios: entre el comentario político y el análisis jurídico”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* nº 473, 2001; MARTÍN CONTRERAS, L.; “Aspectos procesales de una polémica (Comentarios a la sentencia de la Audiencia Nacional sobre la revisión salarial de los funcionarios)”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* nº 475, 2001; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L.; “Imperio de la Ley, retribuciones funcionariales y prudentia iuris de nuestros jueces I y II”, *La Ley*, núms. 5258 y 5259, 2001; GÓMEZ CABALLERO, P.; “La vinculación de los acuerdos colectivos en el ámbito de la función pública”, *Relaciones Laborales* nº 13, 2001, págs. 39 a 60; CANTERO MARTÍNEZ, J.; “Las inesperadas consecuencias de la contractualización de las retribuciones de los funcionarios públicos”, *Justicia Administrativa* nº 11, 2001, págs. 311 a 326; MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.; “La eficacia de la negociación colectiva de los funcionarios: a propósito de la sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000”, *Relaciones Laborales* nº 13, 2001, págs. 17 a 37; ALFONSO MELLADO, C.L.; “La negociación colectiva de los funcionarios públicos”, *Revista de Derecho Social* nº 13, 2001, págs. 9 a 32; LÓPEZ CUMBRE, L.; “Una reflexión acerca de la sentencia de la Audiencia Nacional sobre retribución de los funcionarios públicos desde la perspectiva del derecho sindical”, *Tributos Locales* nº 6, 2001, págs. 64 a 69; ALEGRE ÁVILA, J.M.; “Presupuestos generales del Estado y acuerdos retributivos: La sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000”, *Tributos Locales* nº 6, 2001, págs. 69 a 78; PERONA MATA, C.; “Reflexiones a propósito de la sentencia de la Audiencia Nacional sobre la revisión salarial de los empleados públicos”, *Revista de Derecho Social* nº 13, 2001, págs. 211 a 230; a esta serie no cesan de unírsele otras aportaciones, por ejemplo, RODRÍGUEZ CARBAJO, J.R.; “Algunos aspectos de la negociación colectiva en la Función Pública”, *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, nº 14, 2002, págs. 11 a 38. Vid. también el trabajo, ya citado, de ROQUETA BUJ, R.; “Las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2002 sobre la negociación del incremento de las retribuciones de los funcionarios públicos”, *Justicia Laboral*, nº 13, 2003, págs. 13 a 46.

<sup>254</sup> BAYLOS GRAU A.; *Derecho de Huelga y servicios esenciales*, Tecnos, 1988, pág. 31 y ss.

que al final han desembocado en un estado de la cuestión bastante más pacífico de lo que lo fue inicialmente.

Primeramente, se ha de tener en cuenta que, en algunos casos, la privación radical del derecho de libertad sindical a ciertos funcionarios, como veíamos, supondrá que no concurre la premisa básica sobre la que se construye el derecho de huelga. Pero, en todos los otros casos en los que sí se reconoce el derecho de huelga, los términos del problema cambian. Esto es aún más claro después de la STC 11/1981, de 8 de abril en la que el Tribunal precisa que, dentro del contenido de la Libertad Sindical, se encuentra el ejercicio del derecho de huelga. Bien es verdad que el Tribunal Constitucional ha eludido pronunciarse sobre esta cuestión directamente en sus sentencias, STC11/1981 de 8 de abril, STC 90/1984 de 5 de octubre y STC 99/1987 de 11 de junio. Aunque, cuando se ha tenido que pronunciar, el Tribunal, reconociendo el descuento de haberes por cesación colectiva de los funcionarios ha efectuado un reconocimiento implícito del ejercicio del derecho de huelga.

En cualquier caso, en el plano infraconstitucional, el desarrollo del derecho de huelga de los funcionarios públicos conoce en nuestro sistema una situación un tanto peculiar porque están excluidos del ámbito de aplicación del Real Decreto Ley de Relaciones Laborales de 1977. Pese a ello, hay algunas evidencias en otras normas acerca del reconocimiento del mismo, como por ejemplo, se verá posteriormente en la LMRFP<sup>255</sup>. De una manera especialmente intensa se refleja esta realidad en la abundante regulación sobre el mantenimiento de los servicios esenciales durante la celebración de la huelga en ámbitos públicos. Lo cierto es que ante la falta de regulación específica del ejercicio del derecho de huelga en estos ámbitos, se aplicarán las medidas reguladoras previstas para los trabajadores. Tal laguna legal hará irremediable el incremento del protagonismo de las resoluciones

---

<sup>255</sup> SALA FRANCO, T. y GOERLICH PESET, J.M.; "La huelga de los funcionarios públicos", *Relaciones Laborales I*, 1985, págs. 493 a 507.

judiciales como mecanismo conformador de un concreto marco jurídico. Pero sobre ello hay que decir que, tratándose de jueces de la jurisdicción contenciosa administrativa, poco familiarizados con las categorías colectivas y con la complejidad que encierra la huelga particularmente, los resultados son poco satisfactorios.

Así pues, en el momento presente mayoritariamente está admitido por la doctrina que los funcionarios públicos están incluidos en el artículo 28.2 CE<sup>256</sup>. En primer lugar, porque el término trabajadores, como ya hemos señalado, debe ser interpretado en idéntico sentido que el art. 7 CE, en sentido amplio pues abarcando a los funcionarios públicos<sup>257</sup>. En segundo lugar, el art. 28.2 CE debe ser interpretado en consonancia con los textos internacionales<sup>258</sup>, en concreto con la Carta Social Europea en cuyos artículos 6.4 y 31 se reconoce el derecho de huelga de este colectivo. En tercer lugar, la referencia a los servicios esenciales para la comunidad, implícitamente está admitiendo el ejercicio de este derecho en la función pública<sup>259</sup>.

#### **4.4. El impacto constitucional sobre el modelo de empleo público: eficacia a costa de igualdad o igualdad a costa de eficacia**

---

<sup>256</sup> ORTEGA, L.; *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Tecnos, 1983, págs. 171 a 180; VALDÉS DAL-RE, F.; "Servicios esenciales y servicios mínimos en la función Pública", *Relaciones Laborales* 1, 1986, págs. 8 y ss.; BAYLOS GRAU, A.; *Derecho de Huelga y servicios esenciales*, Tecnos, 1988, pág. 31; GÓMEZ CABALLERO, P.; "El derecho de huelga en la función pública", *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 27, 1986, pág. 387; MATÍA PRIM, J., SALA FRANCO, T., VALDÉS DAL-RE, F., VIDA SORIA, J.; *Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos*, Cívitas, 1982, pág. 51; GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R.; *La titularidad del derecho de huelga*, Comares, 1999, pág. 203.

<sup>257</sup> GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R.; *La titularidad del derecho de huelga*, Comares, 1999, pág. 217.

<sup>258</sup> La ratificación por España de los Convenios nº 151 y 154 de la OIT sobre relaciones de trabajo en la Administración Pública y sobre fomento de la negociación colectiva se materializó mediante instrumentos de 22 de junio de 1984 y 26 de julio de 1985.

<sup>259</sup> Vid. las interesantes reflexiones acerca del surgimiento de una categoría de trabajadores, los del sector público, que confluyen con los funcionarios en el mismo ámbito, así como el proceso de acercamiento y las transformaciones del contexto público en el que ambas relaciones se desarrollan...en, BAYLOS GRAU, A., *Derecho de Huelga y servicios esenciales*, Tecnos, 1988,

Para la definición de un paradigma del empleo público la aprobación de la Constitución de 1978 resultó trascendental. Todos los elementos que habían ido paulatinamente incorporándose al modelo, introduciéndose en la realidad de la prestación de servicios en el empleo público, se van a ver revitalizados a partir de ese momento. Serán iluminados bajo el foco constitucional que proporcionará en lo sucesivo un marco más completo para el desarrollo del sistema<sup>260</sup>. Ciertamente, este marco general no se encuentra, como sabemos, exento de objeciones. Los clarososcuros acompañaran el discurrir legal desde ese momento.

Sin embargo, se pueden destacar los hitos sobresalientes consecuencia de la entrada en vigor de la Constitución de 1978. En primer lugar, el texto constitucional muestra un claro interés por la materia que se refleja en la acogida dispensada entre su articulado a los aspectos relativos a la función pública en varios importantes preceptos. En segundo lugar, se percibe una preocupación sobre el modelo que después se trasladará a los debates planteados acerca de la dualidad de regímenes en el empleo público. En efecto, la Constitución ha configurado un modelo sustancialmente distinto de relaciones laborales y ello tendrá una repercusión más que notable sobre las relaciones laborales en el sector público. En tercer lugar, destaca la trascendencia del reconocimiento constitucional de la dimensión colectiva en el empleo público y ya no solo en lo tocante al reconocimiento de la titularidad de ciertos derechos fundamentales a los empleados públicos sino la apertura de un canal sólido por el que articular las vías de la representación de los intereses de éstos.

Para terminar, en cuarto lugar, se encuentra el señalamiento de la eficacia y la objetividad de la Administración en el servicio a los intereses generales, cuestión

---

págs. 36, 37 y ss.

<sup>260</sup> Una aportación importante para la comprensión de la importancia que la Constitución tiene en el dibujo del marco de relaciones productivas, han sido los diferentes estudios contenido en la obra colectiva: AA.VV.: *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, (A. V. Sempere Navarro, dir.; R. Martín Jiménez, coord.), MTAS, 2003.

sobre la que se volverá en el Capítulo II de este trabajo. No obstante, en este momento no se puede dejar de reflexionar acerca de la trascendencia que para la entera interpretación y aplicación de los mandatos constitucionales sobre el empleo público, ha tenido el reconocimiento constitucional del principio de igualdad.

El artículo 14 de la Constitución configura el principio de igualdad ante la Ley como un derecho subjetivo de los ciudadanos, evitando los privilegios y las desigualdades discriminatorias entre aquéllos. Ello hace indispensable, en lo tocante a la organización de los recursos humanos de la Administración que exista una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida y dejando, en definitiva, al legislador con carácter general la apreciación de situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente, siempre que su acuerdo no vaya contra los derechos y libertades protegidos en los artículos 53.1 y 9.3 de la Constitución ni sea irrazonada, según deriva todo ello de la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en las SSTC, 75/1983, de 3 de agosto, 23/1981, de 10 de julio, 49/1982, de 14 de julio y 65/1982, de 10 de noviembre.

El derecho a la igualdad tiene así un carácter general que comprende a los servicios públicos y actúa, en el acceso a las funciones públicas y a lo largo de la duración de la relación, de modo que los ciudadanos no deben ser discriminados para el empleo público o una vez incorporados a la función pública. Por otra parte, aunque la eficacia de la Administración es un bien constitucionalmente protegido por el artículo 103.1, tal principio es de rango inferior a la igualdad, que es no sólo un derecho individual de los españoles protegible incluso por vía de amparo (arts. 14 y 53.2 CE), sino un principio al que está sometido el legislador (arts. 14 y 9.1 CE), e incluso un «valor superior» del ordenamiento (artículo 1.1 CE) ante el cual deben ceder otros de rango inferior, pues es indudable que no puede buscarse la eficacia de la Administración con medidas legislativas que atenten contra la

igualdad de los ciudadanos o que desconozcan el artículo 14 de la Constitución<sup>261</sup>.

A la misma conclusión se puede llegar partiendo del artículo 23 de la Constitución, pues este artículo reconoce el derecho de acceso a los cargos públicos en las condiciones establecidas en la Ley, pero se hace preciso dejar en claro que el acceso no es sólo genéricamente a la función pública, sino a cada uno de sus tramos y esferas y a cada uno de los cargos, y que la remisión que el artículo 23 hace a las condiciones establecidas por la Ley no es una remisión que permita en este caso una libertad absoluta del legislador, sino que encuentra los límites genéricos de la Constitución, entre los cuales se encuentra de nuevo el establecido en el artículo 14. Como veremos más adelante, las anteriores reflexiones encierran una trascendencia aplicativa sobre la organización y la gestión del empleo público.

## 5. MODERNIZACIÓN Y REFORMA DEL EMPLEO PÚBLICO

Como se ha visto, la Constitución de 1978 acogió como principios rectores no precisamente las bases tradicionales sobre las que había venido sustentándose el sistema hasta ese momento, sino ciertas “ideas-fuerza” de signo renovador<sup>262</sup>: la igualdad frente al privilegio, el criterio del mérito y la capacidad, la transparencia frente a la opacidad, los derechos sindicales, la imparcialidad del funcionario....La Ley de Medidas de Reforma de la Función Pública llegará, en la línea del panorama constitucional descrito, con un afán renovador y reformista de la Función Pública y dejará su impronta también, como no podía ser menos, en lo referente al personal.

La posibilidad de que existan dos tipos de regímenes jurídicos en la prestación de servicios para la Administración Pública y la interpretación que respecto de esta posibilidad cabe hacer de la Constitución española se han consagrado como temas

---

<sup>261</sup> Vid. el Voto Particular formulado a la STC 75/1983, de 3 de agosto, por los Magistrados, BEGUÉ CANTÓN, Díez PICAZO, TOMÁS Y VALIENTE, GÓMEZ FERRER y TRUYOL SERRA.

<sup>262</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M.; *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, 1996, pág. 45.



clásicos en la doctrina<sup>263</sup>. A raíz de la promulgación de la CE, la cuestión se ha hecho depender de la interpretación de unos determinados preceptos constitucionales: el artículo 23.2 y el artículo 103.3, ya analizados, así como el artículo 149.11.18ª, que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos.

En todo caso, la Ley 30/1984, de 2 de agosto de Medidas para la Reforma de la Función Pública (LMRFP) materializa el propósito de emprender una reforma administrativa del régimen general señalando como objetivos principales<sup>264</sup>, la adecuación de la legislación general de funcionarios al régimen de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas<sup>265</sup> y la racionalización de los regímenes. Propósito racionalizador y reordenador se percibe también en el refuerzo del papel de los órganos centrales de gestión del personal de la Función Pública. Estos objetivos, con ser importantes, no fueron los únicos que se pretendían con la entrada en vigor de la LMRFP, sobre la repercusión que tuvo la reforma en los elementos característicos de la prestación de servicios en el empleo público se dedican las páginas que siguen.

---

<sup>263</sup> Las diferentes posiciones, estudios y críticas sobre este particular, se han ido sucediendo a lo largo del tiempo y puede decirse que hoy no se realizan trabajos relacionados con el tema sin que se le dediquen abundantes reflexiones a esta cuestión. Entre todos, pueden verse; LÓPEZ GÓMEZ, J. M.; *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, Cívitas, 1995; SÁNCHEZ MORÓN, M.; *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, 1996; PARADA VÁZQUEZ, R.; *Derecho Administrativo*, vol. II, 1991; PALOMAR OLMEDA, A.; *Derecho de la Función Pública*, 2001.

<sup>264</sup> Siguiendo en este análisis las reflexiones de SÁNCHEZ MORÓN, M.; *Derecho de la Función Pública*....op. cit. págs. 47 y ss.

<sup>265</sup> Desde una perspectiva crítica, si bien la justificación formal de la necesidad de la LMRFP es la de adecuar el régimen jurídico de la función Pública a la nueva distribución territorial del Estado operada por el Título VIII de la Constitución, se sostuvo que la introducción del concepto de bases o de legislación básica no implicaba la necesidad ni la obligación para el gobierno de dictar toda una serie de leyes que respondieran a aquel concepto, sino que las preexistentes de nivel estatal adquirirían ese carácter. Vid. PALOMAR OLMEDA, A.; *Derecho de la Función Pública*, 2001, pág. 187.

### 5.1. La regulación del puesto de trabajo y su influencia sobre la configuración de la prestación de servicios

La nueva regulación considera el puesto de trabajo como un elemento clave para el desarrollo de la carrera en el empleo público. La inspiración de la Ley en lo tocante a la reordenación del régimen general revestía un signo poco complaciente con el corporativismo y en esta línea, se refunde un importante número de cuerpos que no se justificaban por razones funcionales y se combate la endogamia prohibiendo que los órganos de selección estén formados mayoritariamente por funcionarios pertenecientes al cuerpo para el que se ha seleccionar. La novedad más llamativa en este terreno fue la regla de la adscripción indistinta de los puestos de trabajo para los funcionarios, con independencia de su cuerpo o escala. Con ello, la reforma mitigó considerablemente el denominado “poder de los cuerpos de funcionarios” suprimiendo su “patrimonio”, esto es, las plazas reservadas a los diferentes cuerpos<sup>266</sup>.

Con todo, no puede decirse que la LMRFP suprima la estructura corporativa en la Administración del Estado. No la considera básica, y por ello, no la impone a las Comunidades Autónomas. De la LMRFP se considera que mantiene un sistema mixto<sup>267</sup> entre el sistema de cuerpos y el sistema de empleo, porque, con independencia de la pertenencia a un cuerpo o escala, por el que se organiza el acceso del funcionario a la función pública, la Ley pone el acento en las relaciones de puestos de trabajo como instrumentos de ordenación del personal de acuerdo con las necesidades del servicio y porque la carrera del funcionario se articula a través de la sucesiva ocupación de puestos de trabajo<sup>268</sup>. El esquema se complementa,

---

<sup>266</sup> ESCUÍN PALOP, V.; “Cuerpos de funcionarios y Ley de Medidas de Reforma de la Función Pública”, *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 48/1985, pág. 500.

<sup>267</sup> Para otros autores, la nueva Ley apuesta claramente por un sistema abierto de tipo anglosajón en lugar del tradicional cerrado de tipo francés como esqueleto organizativo de la función pública. Vid. PALOMAR OLMEDA, A.; *Derecho de la Función Pública*, pág. 189; SUAY RINCÓN, J.; “La reforma de la Administración Pública su impacto sobre la burocracia”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 56, 1987, pág. 511.

<sup>268</sup> También este aspecto, o tal vez deberíamos decir, sobre todo este aspecto, ha resultado

además, con la atribución del “grado” que el funcionario consolida como si fuera una categoría personal y que se adquiere por el desempeño durante cierto tiempo de puestos de trabajo determinados, u otros méritos. Esto tiene relevancia con respecto a las retribuciones, para las que se prima el grado personal y el puesto que se desempeña, sobre las retribuciones correspondientes al cuerpo y escala que con la nueva regulación resulta unificado en función de las titulaciones requeridas para ingresar en cada uno<sup>269</sup>.

En definitiva, no se trata tanto de discutir acerca de si estamos en presencia de un sistema cerrado o abierto, o de un sistema de carrera o de empleo, porque resulta extraordinariamente difícil aplicar estas categorías a un sistema tan especial como el español. Nuestro modelo muestra unas singularidades evidentes<sup>270</sup> y como consecuencia de ello, mucho dependerá de la gestión que se lleve a cabo, en concreto, dependerá de las Relaciones de Puestos de Trabajo. Sobre todo ello volveremos más adelante al estudiar la gestión de los recursos humanos en nuestro sistema, y tendremos oportunidad de comprobar la influencia que despliega la configuración del puesto de trabajo sobre la dinámica ulterior de la prestación de servicios para la administración.

---

fuertemente criticado por quienes entienden que la Ley 30/1984 es una Ley “provisional y parcial” que introduce elementos propios de un sistema de empleo sin desterrar los elementos propios de un sistema de cuerpos y escalas. Es más, se ha señalado que “pese a no existir ninguna duda acerca de la permanencia de los cuerpos y escalas, buena parte de los preceptos de la nueva Ley se han redactado como si la organización de nuestra función pública no contase con el sistema de cuerpos”, vid. GARRIDO FALLA, F.; *Reformas de la Función Pública*, Madrid, 1985, pág. 65. Por su parte, PALOMAR OLMEDA, A.; también encuentra que la Ley está poco definida, poco meditada y que instituye la coexistencia artificial de dos modelos organizativos “que históricamente han convivido con dificultad, dada su oposición”. op. cit. pág. 189.

<sup>269</sup> Implantar este sistema innovador no ha estado exento de dificultades. En particular se observa cierta “descapitalización” en materia de personal en los estratos más elevados que como consecuencia de las incompatibilidades, de las limitaciones salariales y los recortes de las ventajas corporativas, han privado de alicientes a este tipo de empleados dando lugar a una fuga de personal. El empleo público en las esferas más elevadas no puede competir con las ventajas que ofrece la empresa privada (SÁNCHEZ MORÓN). Ello confirma la impresión de que, sin perjuicio de la justa y digna compensación debida a estos profesionales públicos, sus servicios se componen de una significativa dosis de servicio al interés público que no encuentra parangón en otros ámbitos.

<sup>270</sup> JIMÉNEZ ASENSIO, R.; *Políticas de selección.....*op. cit.455.

Por el momento, lo importante es destacar, en este contexto evolutivo, el importante efecto que despliega la nueva regulación legal de los puestos de trabajo. Es reflejo de la influencia anglosajona, que se recibe ahora en nuestro sistema con un claro objetivo reordenador. El puesto de trabajo desarrollará a partir de este momento un papel fundamental en el esquema organizativo del personal<sup>271</sup>. Se crea una nueva situación que hace necesaria la aplicación de técnicas de descripción de puestos de trabajo, técnicas de valoración....etcétera. Con todo ello, se avanza en una línea “laboralizadora”, entendido este adjetivo como descriptivo de un sistema de gestión cercano a los modelos de gestión del personal del derecho del trabajo<sup>272</sup>.

## **5.2. La expansión del régimen laboral como forma de prestación de servicios**

La consecuencia quizá más llamativa de entre todas las que trajo consigo la aprobación de la Ley, desborda el ámbito de lo estrictamente contemplado en el tenor literal del texto legal y es el efecto laborizador que ésta tuvo sobre el empleo público<sup>273</sup>. La tendencia a reclutar personal mediante contratos laborales iba extendiéndose antes ya de la aprobación de la LMRFP, pero ésta reforzó la discrecionalidad del Gobierno<sup>274</sup> para determinar en las relaciones de puestos de trabajo cuáles eran los puestos reservados a los funcionarios y cuáles podían ser

---

<sup>271</sup> DE VICENTE DOMINGO, R.; *El puesto de Trabajo en el Derecho de la Función Pública*, Tirant lo Blanch, 1997, pág.30.

<sup>272</sup> GUTIERREZ REÑÓN, A. y LABRADO FERNÁNDEZ, M.; *La experiencia de la evaluación de puestos de trabajo en la Administración Pública*, Madrid, 1988. Para ENTRENA CUESTA, R.; *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I/2, Madrid, 1995, pág. 272, se trata de medidas que denotan una ruptura con el anterior sistema de ordenación de la función pública basado en los cuerpos de funcionarios.

<sup>273</sup> A partir del proceso de laboralización de las administraciones públicas en la transición democrática, en concreto acerca de su implantación en los ayuntamientos, puede verse el trabajo de MARTÍN PÉREZ, P.A.; “La negociación colectiva en la función pública local”, *Actualidad Administrativa* nº 38, 1999, págs. 1037 a 1073.

<sup>274</sup> En realidad, la Ley 30/1984 se caracterizó porque dotaba a la propia Administración de una amplia gama de facultades discrecionales para acometer la reforma, LÓPEZ GÓMEZ, J. M.; *El régimen jurídico.....*pág. 156.

ocupados por trabajadores contratados bajo el régimen laboral.

Posteriormente, la Ley de Bases de Régimen Local, en 1985 abundó en la misma dirección en el art. 92.2, reservando al personal funcionario las funciones públicas que impliquen “ejercicio de autoridad, las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, las de contabilidad y tesorería y, en general, aquellas que en desarrollo de la presente ley se reserven a funcionarios para mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función”. A partir de aquellos momentos la expansión del régimen laboral como forma de vinculación en la prestación de servicios para la Administración ha sido muy amplia, sobre todo en las administraciones locales en las que puede llegar hasta el cincuenta por ciento del personal que en ellas presta sus servicios<sup>275</sup>.

La LMRFP reservaba al Ministerio de la Presidencia, e indirectamente a los responsables de las distintas administraciones, la facultad de determinación de los puestos que habían de ser cubiertos por funcionarios públicos y de los que habían de serlo por laborales. Así, el artículo 15, en su redacción original disponía que las relaciones de puestos de trabajo determinasen aquellos puestos de trabajo que, en atención a la naturaleza de su contenido, se reservan a los funcionarios públicos. La STC 99/1987, de 11 de junio que conoció del recurso de inconstitucionalidad interpuesto frente a la LMRFP, entendió como hemos señalado, que en la CE hay una opción genérica en favor de un régimen estatutario para los servidores públicos. En consecuencia, el Tribunal Constitucional estableció que las normas que permitiesen excepcionar dicha opción genérica deben ser normas previstas por el legislador. Así, declaró la existencia de una reserva de Ley en esta materia que obliga a que sea la Ley y no la Administración la que determine qué puestos de trabajo han de ser cubiertos con funcionarios y cuáles por laborales.

---

<sup>275</sup> MARTÍN PÉREZ, P.A.; “La negociación colectiva en la función pública local”, *Actualidad Administrativa* nº 38, 1999, pág. 1040.

En cumplimiento de la sentencia, la Ley 23/1988, de 28 de julio<sup>276</sup>, introdujo en el artículo 15 de la LMRFP la reforma necesaria para adaptar dicho precepto a las exigencias constitucionales: En la nueva redacción, el artículo 15.1 atribuye a las relaciones de puestos de trabajo de la Administración del Estado la calificación de instrumento técnico a través del cual se realiza la ordenación del personal, de acuerdo con las necesidades de los servicios y se precisan los requisitos para el desempeño de cada puesto. En la actualidad, las RPT debe comprender los puestos de trabajo del personal funcionario dentro de cada centro gestor, el número y las características de los que puedan ser ocupados por personal eventual, así como aquellos otros que puedan desempeñarse por personal laboral. Las RPT indicarán, en todo caso, la denominación, tipo y sistema de provisión de los mismos; los requisitos exigidos para su desempeño; el complemento de destino y, en su caso, el complemento específico que corresponda a los mismos, cuando hayan de ser desempeñados por personal funcionario, o la categoría profesional y el régimen jurídico aplicable cuando sean desempeñados por personal laboral<sup>277</sup>.

La Ley 23/1988 estableció las excepciones a la regla general de que los puestos de trabajo de la Administración del Estado, de sus OOAA así como los de las EEGG y Servicios Comunes de la Seguridad Social, serán desempeñados por funcionarios públicos. Así, desde ese momento, podrán desempeñarse por personal laboral:

“c) (...) - los puestos de naturaleza no permanente y aquellos cuyas actividades se dirijan a satisfacer necesidades de carácter periódico o discontinuo; - los puestos cuyas actividades sean propias de oficios, así como los de vigilancia, custodia, porteo y otros análogos; - los puestos de carácter

---

<sup>276</sup> La parición de este nuevo texto legal que, por otra parte, tras la STC, era, más que necesario, debido, suscitó comentarios en torno a la confusión que añadía al ser tres los textos legales que había que consultar para conocer el derecho aplicable: la Ley 30/84, la Ley de Presupuestos Generales para 1988, L 33/87 y ahora la citada Ley 23/1988.

<sup>277</sup> La redacción del párrafo b) del art. 15 LMRFP es la que ha recibido por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, (LMFAOS), para fijar los elementos esenciales de los puestos de trabajo.

instrumental correspondientes a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones, artes gráficas, encuestas, protección civil y comunicación social, así como los puestos de las áreas de expresión artística y los vinculados directamente a su desarrollo, servicios sociales y protección de menores; - los puestos correspondientes a áreas de actividades que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan Cuerpos o Escalas de funcionarios cuyos miembros tengan la preparación específica necesaria para su desempeño, - los puestos de trabajo en el extranjero con funciones administrativas de trámite y colaboración y auxiliares que comporten manejo de maquinas, archivo y similares; - Los puestos con funciones de carácter instrumental y apoyo administrativo.”

De esta norma se desprenden unas líneas básicas que se pueden resumir del modo siguiente: Las funciones que se desempeñan en las distintas Administraciones serán llevadas a cabo principalmente por funcionarios, aunque esto no impide la contratación de trabajadores. Es más, la descripción de los puestos de trabajo que excepcionalmente pueden ser desempeñados por trabajadores, aunque en un primer momento da una impresión restrictiva de la presencia del personal laboral en la Administración, no se concreta de ningún modo. La redacción de los supuestos es tan amplia que da cabida a una multitud de supuestos, así lo ha corroborado, por otra parte, la propia experiencia de estos años de aplicación del mencionado precepto legal.

### **5.3. Efectos de la “laboralización”: los procesos de “funcionarización”**

La STC 99/87 corrigió la absoluta libertad de la Administración del Estado para decidir qué puestos estaban reservados a funcionarios y cuáles podían ser desempeñados por personal laboral y, en consecuencia, se estableció una situación en la que la Ley tasa, de modo más o menos concreto como ya se ha observado, qué puestos de trabajo podrán desempeñarse por personal laboral. Como consecuencia

de la mencionada corrección, la situación de determinados contratados laborales fijos devino irregular. En efecto, había puestos de trabajo que ya no podían ser desempeñados por personal laboral al no estar incluidos entre las excepciones previstas en el art. 15.1 c) de la Ley 30/84, y que estaban siendo desempeñados por este personal en virtud de una relación contractual nacida al amparo del anterior texto del art. 15.1 de la Ley. Para regularizar estas situaciones, el artículo segundo de la Ley 23/98 incorporó a la Ley 30/84 la Disposición Transitoria Decimoquinta.

La DTª contiene dos apartados claramente diferenciados. El primero trata de proteger la estabilidad y las expectativas de promoción profesional del personal laboral cuyos puestos de trabajo se reservan a funcionarios mediante una modificación de la relación de puestos de trabajo. Pero también, en el segundo apartado se regula un régimen específico de funcionarización del personal laboral fijo que cumpla unas determinadas condiciones. La condición de personal laboral fijo se debió reunir en la fecha de entrada en vigor de la Ley 23/1988, o adquirirla en virtud de pruebas convocadas antes de esa fecha y, además, debe estar prestando servicios en puestos reservados a funcionarios. Las pruebas selectivas de acceso a las que se refiere el segundo apartado de la DT 15ª de la LMRFP están previstas sólo para los miembros del colectivo funcionarizable, con exclusión de todos los demás ciudadanos.

A la vista de lo expuesto, es preciso examinar si esta configuración de un turno reservado al personal laboral fijo que integra el colectivo funcionarizable resulta acorde o no con los principios constitucionales aplicables al acceso a la función pública. Según ha quedado expuesto con anterioridad en estas páginas, los servicios prestados a una Administración sólo muy excepcionalmente pueden justificar pruebas de acceso no abiertas a todos los ciudadanos<sup>278</sup>. El Tribunal Supremo las ha

---

<sup>278</sup> La exigencia de un periodo previo de servicios administrativos como requisito para participar en una pruebas selectivas de acceso a la función pública, produce una restricción previa y ha de considerarse como arbitraria e incompatible con los principios de mérito y capacidad (STC 60/1994 de 28 de febrero). También la desproporcionada valoración de los servicios prestados a una Administración Pública en las bases de la convocatoria de manera determinante del resultado



admitido en casos en que, con fines legítimos, el legislador se vea ante la necesidad de dar solución a un colectivo singular como el personal laboral fijo desempeñando puestos reservados a funcionarios<sup>279</sup>. Más adelante, se volverá sobre este particular y sobre los problemas que plantea el recurso a este tipo de medidas que ha ido cobrando carta de naturaleza en el empleo público.

#### **5.4. La importancia de la regulación de los sistemas de acceso del personal**

Las administraciones públicas seleccionarán a su personal, ya sea funcionario, ya sea laboral, de acuerdo con su oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso oposición libre en los que se garantice en todo caso los principios constitucionales de mérito y capacidad así como el de publicidad. Este es el tenor literal del artículo 19 de la LMRFP que en su redacción originaria no opta por un único sistema de selección sino que prevé, tanto para el personal funcionario, como para el laboral, diversos mecanismos, añadiendo a los principios de mérito y capacidad, el de igualdad y el de publicidad. El primer desarrollo experimentado por la Ley, determinó como regla general la selección del personal funcionario, mediante oposición, salvo aquellos casos en los que, por las funciones que se hubieran de desempeñar, resultara más conveniente el sistema de concurso-oposición, o, excepcionalmente, el de concurso. Por su parte, para el personal laboral fijo se establecía el sistema del concurso, salvo cuando, por la naturaleza de las tareas que se tuvieran que desarrollar o por el número de aspirantes, resultase más adecuado el de concurso oposición o el de

---

final, lesiona la igualdad de trato de todos los ciudadanos, que reclama el art. 23.2 CE a la hora de acceder a las funciones públicas (STC 67/1989 de 18 de abril). No obstante, aunque la práctica de pruebas restringidas se ha considerado con carácter general contraria a la CE, el Tribunal Constitucional ha admitido la posibilidad de que la libertad de acceso de los ciudadanos a las funciones públicas pueda ser exceptuada, aunque sólo por muy extraordinarias razones objetivas (STC 151/1992 de 19 de octubre).

<sup>279</sup> Sobre este particular puede verse el trabajo de ENDEMAÑO ARÓSTEGUI, J.M.; “La funcionarización del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”, en *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, nº 283, mayo-agosto 2000, págs. 347 a 379.

oposición.

En la actualidad, el Reglamento General de Ingreso del personal en la Administración, aprobado mediante Real Decreto 364/1995, introdujo, de una manera sutil pero contundente al mismo tiempo, una variación del sistema hasta ese momento imperante. Porque desde este momento los sistemas de selección del personal laboral quedarán equiparados a los sistemas selectivos de los funcionarios públicos. Bien es verdad que se limita a señalar los sistemas sin desarrollarlos pero es llamativo el cambio de orden en la enunciación de los mismos: el sistema de oposición es mencionado ahora en primer lugar, variando así el orden primitivo según el cual era el concurso el sistema preferente. Con ello se ha querido ver una manifiesta intención de imponer un mayor, o al menos, un idéntico rigor al empleado con los funcionarios, en el proceso de ingreso del personal laboral permanente.

Queda por ver qué ocurre con los trabajadores contratados temporalmente por la Administración. Respecto de los mismo, el criterio no aparece definido aunque sí se puede destacar la previsión de que “dichos contratos se celebren conforme a los principios de mérito y capacidad”. La falta de concreción en este extremo se ha destacado como un factor más entre todos los que coadyuvan a crear la situación actual de las irregularidades en el acceso a la Administración Pública<sup>280</sup>.

En definitiva, el legislador puede establecer un sistema de empleo público con una dualidad de regímenes jurídicos siempre que se respete la vigencia del principio de igualdad y que dicha dualidad de regímenes no represente una vía de escape para la Administración que signifique el incumplimiento de los principios que informan la actividad de la Administración Pública en la prestación de trabajo por cuenta de la Administración. Por su parte, como vamos a ver inmediatamente, el derecho del trabajo, en la plena vigencia aplicativa de sus preceptos, encuentra, no obstante,

---

<sup>280</sup> RUANO RODRÍGUEZ, L.; *Constitución, función pública y empleo laboral*, op. cit. pág. 82,

modulaciones o matices que lo hacen compatible con las exigencias constitucionales sobre el funcionamiento de la Administración.

Se han señalado ya a lo largo de estas páginas, determinados preceptos constitucionales aplicables al empleo público: artículos 23, 28.1, 103.3 y 127. De otros preceptos constitucionales pueden también extraerse consecuencias aplicativas en este ámbito, así, por ejemplo, el art. 20 que consagra la libertad de expresión y que se halla limitada en el ámbito público; el art. 25 que contiene el principio de legalidad aplicable también al derecho administrativo sancionador; art. 37 mediante el cual se reconoce el derecho a la negociación colectiva que resulta aplicable en alguna medida en el empleo público....etcétera. Además, existen algunas referencias constitucionales a las Fuerzas Armadas, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, a los Jueces y Fiscales, al personal al servicio de las Cortes Generales. Sobre las mencionadas premisas, muchas de las cuales ha sido tratadas más arriba se han ido dibujando los rasgos principales del empleo público.

Ese era el contexto existente a la entrada en vigor de la LMRFP. El artículo 103.3 CE aparecía ya como garantía de una Administración profesionalizada, la dirección política sería competencia del gobierno (del Estado, y en sus respectivos ámbitos, de las CCAA o de los EELL), pero la Administración Pública no se presentará como una prolongación del Gobierno<sup>281</sup>, sino que, estando la Administración dirigida por el gobierno, no será una organización que los gobiernos puedan “invadir” (spoils system), de ahí, los principios de mérito y capacidad para el acceso y la garantía de profesionalización, mencionados. Se configura un sistema que es contrapeso necesario al sistema de partidos, en este sentido, el art. 103.3 contiene una referencia a la imparcialidad del funcionario en el ejercicio de sus funciones<sup>282</sup>.

---

<sup>281</sup> Vid. STC 204/92 de 26 de noviembre.

<sup>282</sup> Se ha hecho ya referencia al papel importante y nada desdeñable que la confianza política juega, en general, en la carera dentro de la Administración. Buena parte de los objetivos de las reformas administrativas que se han ido sucediendo ha ido en la línea de intentar delimitar los

En el texto de la Constitución no se utiliza el término empleo público, sino función pública y funcionarios públicos, por su parte, la LMRFP, como ya es sabido, concedió al gobierno gran discrecionalidad para determinar la naturaleza jurídica de la vinculación con la Administración. Sin perjuicio de la posterior corrección introducida años más tarde, la tendencia laboralizadora, que ya era notable sobre todo a raíz del reconocimiento de la existencia de los derechos colectivos, ha dejado su impronta en la organización pública. El lado oscuro de este singular proceso que eclosiona definitivamente con la LMRFP, fue que, ciertamente, también se ha utilizado para eludir la aplicación de los principios que deben regir en el acceso al puesto de trabajo en el ámbito público.

En este contexto se sitúa la sentencia del STC 99/87, de 11 de junio. El tantas veces nombrado pronunciamiento, aunque reserva algunos aspectos fuera de la discrecionalidad del gobierno y declara que sólo la Ley puede efectuar la distribución de los puestos “ocupables” por trabajadores, sin embargo no declara inconstitucional la contratación de personal laboral, de trabajadores. Luego, legislación posterior ha ido ampliando esta tendencia<sup>283</sup> hasta llegar a una situación de coexistencia de dos colectivos muy diferenciados en cuanto a su régimen jurídico. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no solo no ha entrado en estos problemas, sino que adolece de cierto relativismo.

---

espacios frente a los riesgos de interferencias partidistas. En este sentido, se veía lo difícil que resulta trazar la línea que separa el área gubernativa, del área administrativa. Andando el tiempo, con posterioridad a la LMRFP, la LOFAGE quiso dar algún paso en esta línea estableciendo los cargos, de director general para abajo, que deberán nombrarse con arreglo a los mecanismos de carrera. Una contribución a trazar las líneas maestras de ese estrato intermedio de altos cargos y directivos públicos de nuestra administración puede verse en el, ya citado, trabajo de JIMÉNEZ ASENSIO, R.; *Altos cargos y directivos públicos (Un estudio sobre las relaciones entre política y administración en España)*, IVAP, 1998.

<sup>283</sup> En Correos y Telégrafos, una de cuyas consecuencias presenta recientemente su lado más conflictivo a raíz de la SAN de 10 de febrero de 2004 (El Derecho 2004/2722) que declaró la fijeza de los trabajadores con contrato de interinidad por vacante. O en la Comisión Nacional del Mercado de Valores o en la Agencia de Protección de Datos, etcétera.

La LMRFP, puede considerarse que marca un hito en la consideración mantenida hasta el momento acerca del empleo público. En el momento presente, la inmensa mayoría de funcionarios desempeñan tareas de servicio público, más que realizar tareas de autoridad y sin embargo, si algo puede extraerse de la experiencia proporcionada por la reforma de 1984, es que el derecho del trabajo no se puede aplicar sin más en la Administración. Pero, con todo, hoy el artículo 103.3 CE puede ser interpretado de un modo más funcional, de una manera encaminada a la reinterpretación de este precepto de forma que actúe como garantía de las peculiaridades del empleo público. Peculiaridades que son necesarias porque la Administración no es un empresario privado. Y sin embargo, desde el momento de aparición en escena de la LMRFP continuará difuminándose la imagen de dos estatutos completamente separados para el personal.

La clave está precisamente en el ya considerable número de aspectos que andando el tiempo y con posterioridad a la LMRFP, se encuentran regulados mediante una normativa común para funcionarios y trabajadores con el desarrollo de la regulación. Este hecho evidencia la existencia de un proceso inexorable de acercamiento que tiene un destino, digámosle, natural: la regulación del empleo público mediante un estatuto común. Sobre esto ya volveremos más adelante. Por el momento, vale la pena continuar avanzando en sentido cronológico a través de la evolución de los planteamientos en torno al empleo público hasta llegar al momento presente. Ello nos ilustrará de la mejor forma sobre todos los aspectos que importan.

## **6. DUALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO: LOS VAIVENES DEL MODELO**

### **6.1. Intervenciones parciales para satisfacer necesidades cambiantes**

En el desarrollo experimentado por el empleo público con posterioridad a la LMRFP, la Ley 22/93 de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales y de Reforma del Régimen Jurídico de la Función Pública y de la Protección por Desempleo,

representó un primer y magnífico ejemplo de lo que ulteriormente sería el recurso a la utilización de las llamadas Leyes de Acompañamiento como medio de introducción de reformas sustantivas en el ordenamiento jurídico. Esta técnica, efectivamente, nace con vocación de permanencia pues, según se ha demostrado más tarde, con el paso del tiempo sucesivas Leyes de Acompañamiento han ido introduciendo innovaciones importantes y sumamente heterogéneas.

El artículo 15 de la Ley 22/93 daba una nueva redacción al artículo 18 de la LMRFP regulador de la Oferta de Empleo Público e introducía la figura de los Planes de Empleo<sup>284</sup>. Sobre ellos se ha volver más adelante en el capítulo segundo y en el cuarto de este trabajo cuando se analicen los distintos instrumentos de gestión del empleo público y su papel efectivo en el mismo. La propia Exposición de Motivos de la Ley aludía a los planes de empleo señalando que constituyen instrumentos necesarios para llevar a cabo una adecuada reordenación del personal al servicio de las administraciones públicas<sup>285</sup>.

A partir de este momento, y hasta llegar a nuestros días, se han ido sucediendo intervenciones parciales en el esquema general de la Función Pública para acomodarlo a necesidades cambiantes o, principalmente, para enmendar errores de una manera más o menos afortunada. Ello no ha hecho sino agravar una situación ya

---

<sup>284</sup> El contenido de esta Ley en lo tocante a la Función Pública fue críticamente recibido sobre todo por la doctrina administrativa. Ejemplo de ello: MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, I.; *El ocaso de la función pública española: la reforma del régimen jurídico funcional de la Ley 22/1993, de 29 de diciembre*, Civitas, 1995. FERNÁNDEZ FARRERES, G.; "Estado del bienestar, Administración y función pública" en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 3, 1993 que manifiesta claramente su posición cuando afirma en estas líneas: "si los momentos de crisis y destacadamente, los de crisis económica, son los que de forma más aguda ponen al descubierto las deficiencias, los errores, en suma, la falta de previsión que en los momentos de estabilidad y bonanza se hayan podido cometer, los momentos de crisis son a la vez los más complicados y menos deseables para abordar la solución de problemas estructurales de envergadura que cuando hubo oportunidad de afrontarlos con calma, rigor y profundidad, fueron pospuestos, aplazados o simplemente arrinconados, cuando no agravados.", pág. 27.

<sup>285</sup> En este sentido de ordenación, de planificación de los recursos humanos, véase: PALOMAR OLMEDA, A.; *Planificación de los recursos humanos en el empleo público*, Mc Graw Hill, 1997.

denunciada desde el principio por la doctrina<sup>286</sup>: La elevada aparición de textos reguladores que convierten en un serio problema de interpretación jurídica la determinación del derecho aplicable a casi cualquier aspecto de la función pública en la actualidad. Téngase en cuenta que aún resultan de aplicación determinados preceptos de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964. A ello se puede sumar la aparición en la escena normativa de las sucesivas leyes autonómicas y un largo etcétera de disposiciones. Con ello se plantean además problemas de seguridad jurídica.

Haciendo un breve recorrido, cabe mencionar, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social que, entre otras cosas, responde a la necesidad de dar cumplimiento al contenido del Acuerdo Administración-Sindicatos de 15 de septiembre de 1994, (BOE 24 de sept.). Esta Ley adiciona un nuevo párrafo al art. 15.1 c) LMRFP, según el cual pueden ser cubiertos por personal laboral “los puestos con funciones auxiliares de carácter instrumental y apoyo administrativo”. Esta previsión está apuntando en la línea de una opción por la unificación de funciones y por que las puramente instrumentales, se realicen por personal laboral. Además de esta importante adición al articulado de la Ley, se recogen una serie de disposiciones para regular la promoción interna e incluso reglas específicas para la promoción interna en la función pública, del grupo D al C. A partir de ese momento, como se decía, no han cesado las reformas que, puntualmente, se han ido introduciendo en las Leyes de Acompañamiento<sup>287</sup>.

---

<sup>286</sup> Por todos, PALOMAR OLMEDA, A.; *Derecho de la Función Pública*, Dykinson, 2001, pág. 212-213.

<sup>287</sup> En efecto, la Ley 13/1996, de 30 de dic. introduce reformas en lo referente a las retribuciones (pagas extraordinarias), a la provisión de puestos de trabajo y a las situaciones administrativas de los funcionarios. La Ley 86/1997, de 30 de dic. introduce la regulación de la guarda legal de los menores de seis años o disminuidos...La Ley 50/1998, de 30 de diciembre incluye una reforma relativa a los procesos de selección para consolidación de empleo temporal y alguna otra. La Ley 14/2000, de 29 de diciembre, introduce un nuevo esquema de provisión de puestos de trabajo que ha pasado sin apenas trascendencia social pero que sin embargo entraña problemas relativos al derecho al cargo (PALOMAR OLMEDA). La Ley 62/2003 MFAOS, ha modificado los elementos que deben figurar en la RPT, ha armonizado los procesos de promoción interna, la regulación de la reducción de jornada y la lista de cuerpos y escalas declarados a extinguir.

En este estado de la cuestión, se han ido abriendo paso ciertos factores, que son compañeros de viaje del modelo de empleo público, configuradores de un concreto punto de partida, que es necesario tener en cuenta para el estudio de la situación actual. La aparentemente desordenada y progresiva introducción de elementos “importados” del derecho del trabajo, los sucesivos reajustes sin un criterio rector claro y común a todos ellos, es un dato clave que marca, y mucho, el panorama presente, como vamos a ver. Pero no sólo esto, la proliferación normativa, la sobreabundancia de disposiciones desde los poderes públicos centrales, y también desde las instancias autonómicas, imprime un carácter disperso, un carácter desordenado a la normativa. Todo ello ha contribuido a generar la sensación de inseguridad jurídica mencionada más arriba.

## **6.2. El proceso de acercamiento material entre dos regímenes jurídicos diferentes**

La abundancia de fuerzas operativas sobre el ámbito público es un rasgo sobresaliente en el modelo actual. En todo caso, no resulta fácil realizar una descripción en pocas líneas de todo ello ya que se trata de tendencias que pugnan incluso en direcciones opuestas y que conducen a un resultado peculiar, a veces a una amalgama de regulaciones provenientes de sustratos diferentes. Es por eso que, sin perjuicio de lo que pueda anticiparse en este momento, se dedica el capítulo siguiente al análisis de los planteamientos actuales.

El papel que puede jugar el personal laboral en la función pública constituye uno de los aspectos más polémicos de cuantos hoy se encuentran planteados. No es, como se sabe, una cuestión nueva, se trata de una materia ya clásica, y con toda seguridad, es además un aspecto importante que se halla estrechamente vinculado al esquema general de la entera organización administrativa. Esta notable presencia de otro tipo de personal desde los orígenes remotos del empleo público, con un estatuto jurídico que ha presentado hasta fechas recientes perfiles indefinidos, que ha



permanecido en un espacio gris y en paralelo a la gradual construcción de un estatuto jurídico alrededor de la inamovilidad, representa una cuestión que aún requiere estudio, intervenciones legislativas, incluso, el replanteamiento doctrinal.

En este sentido, tal vez resulta útil el concepto de empleado público, entendido éste como un concepto más amplio que el de funcionario público. He aquí el elemento que puede ayudar a la articulación del personal dentro de la Administración de modo que sea posible encontrar un esquema de coordinación dentro de la misma. Por importante que sea el esfuerzo realizado para lograr su encaje, no resulta fácil la coexistencia de dos colectivos sometidos a dos regímenes jurídicos incompatibles en la finalidad última perseguida por cada uno<sup>288</sup>. El derecho administrativo regulador del funcionamiento de una Administración que debe servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, y el derecho del trabajo que en principio está concebido para regular y disciplinar relaciones entre sujetos privados con sus respectivos intereses.

La proyección de los preceptos constitucionales sobre el acceso del personal al empleo público representa un punto de acercamiento muy importante. Otros muchos aspectos del régimen jurídico al que se someten estos dos colectivos, como decimos, pueden desempeñar un buen papel en la búsqueda de puntos de encuentro. Pero también es cierto que quedan muchos aspectos sin resolver y que indudablemente la laboralización ha introducido numerosas distorsiones en el modelo. El hecho que se ha podido constatar, de la existencia de casos en los que se ha entrado en la Administración sin respeto a los principios de mérito y capacidad, acarrea consecuencias cuyos efectos están más que claros. Ha servido de refuerzo para una tendencia presente y renovada, muy reacia a la admisión de la figura laboral, que

---

<sup>288</sup> Con las palabras de DESDENTADO BONETE, A.; en el Voto Particular formulado a la STS de 3 de junio de 1994 (RJ. 5402): "En esta materia juegan normas de distintos ordenamientos —el laboral y el administrativo— que han de ser objeto de una interpretación integradora en ocasiones difícil, ya que la disposiciones en concurrencia obedecen a objetivos y principios inspiradores distintos e incluso contradictorios (...) Mientras que en el primer caso (laboral) se protege fundamentalmente un interés privado aunque de carácter social, en el segundo estamos

haciendo una interpretación del artículo 103 muy estricta, tiende a negar la admisibilidad de este colectivo en el ámbito público, entendiendo que está previsto para un personal estatutario y que ésta tendría que ser la norma general salvo para puestos muy concretos. Sin embargo, tal vez el problema gire sobre todo en cómo se accede, de ahí surge el debate acerca de la consideración de empleado público, y a este respecto es muy posible que bajo una pretensión legítima de lograr una mayor eficacia se haya generado el efecto perverso de potenciar las excusas para consolidar la tendencia al “amiguismo”<sup>289</sup>.

Dentro de los hitos destacados en la progresiva construcción de una teoría del empleo público, se encuentra el debate acerca de la conveniencia de aprobar un estatuto básico de la función pública y la diversidad de contenidos posibles que éste puede tener. Es conveniente hacer una referencia a esta cuestión porque, aún tratándose de una materia inacabada, con toda seguridad seguirá planteándose en el futuro más inmediato. Por otra parte, existen otras dos actuaciones recientes que, pese a su contenido no homogéneo, afectan al empleo público ofreciendo, además, un campo interesante para el desarrollo de esta investigación. Se trata de la aprobación de un Convenio Colectivo Único para el personal Laboral de la Administración General del Estado que ha logrado establecer una regulación homogénea para el personal laboral en este ámbito en lo tocante a la organización del trabajo, la clasificación de los puestos, la movilidad, la estructura retributiva y un largo etcétera. Y por último, se debe tener presente la existencia del reciente Acuerdo Administración-Sindicatos para los años 2003-04. En fin, a todos estos aspectos se hará referencia en último lugar.

### **6.3. El frustrado proyecto de Estatuto: insuficiencias y retrocesos**

---

ante un interés público de indudable relevancia constitucional”.

<sup>289</sup> En estos términos se expresaba, FERNÁNDEZ FARRERES, G.; “El marco constitucional de la Función Pública”, *Hacia un nuevo estatuto de la Función Pública*: Jornadas Universidad San Pablo-CEU/MAP, junio 1997.

Es ya clásica la reflexión acerca de la mayor o menor conveniencia de proceder a la aprobación de un estatuto básico de la Función Pública. Desde 1984 venimos funcionando con una, en principio, “provisional” Ley de Medidas que ha pasado finalmente a ser lo más parecido, hasta el momento presente, a un estatuto. Sin embargo era notable la atención creciente que la doctrina<sup>290</sup> manifestaba sobre el llamado proceso de laboralización y sobre la conveniencia de regular un estatuto jurídico común.

Durante años, han sido sometidos a debate con los principales colectivos interesados, sucesivos borradores de Estatuto Básico<sup>291</sup>. Es esta una forma particular de legislar, que indudablemente puede reportar beneficios en cuestiones de Función Pública. No obstante, los textos que han sido manejados hasta el momento, y pese a haber sido objeto de consenso, cuando no de pacto explícito, con los interlocutores sociales y con las CCAA, no han llegado hasta el momento a comenzar su andadura parlamentaria convirtiéndose en una expectativa que no acaba de tomar cuerpo como proyecto de Ley<sup>292</sup>. Tan es así, que al momento presente en el que se escriben estas líneas las referencias al mismo no se producen y no parece percibirse la sensación de que se vaya a convertir en verdadera norma vigente al menos en fechas

---

<sup>290</sup> PIÑAR MAÑAS, J.L.; “El modelo de función pública como sistema complejo y abierto”, presentación del número monográfico sobre FUNCIÓN PÚBLICA Y LABORALIZACIÓN en *Documentación Administrativa*, nº 243, 1995, pág.7.

<sup>291</sup> Una abundante serie de documentos, informes y valoraciones críticas evidencian el amplio debate generado en torno al proyecto, tanto en el ámbito autonómico, como en el sindical. En este último, en concreto, puede verse la valoración positiva que en términos generales se efectuaba del borrador en; SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, C.; “De la selva normativa al Estatuto de la Función Pública”, *El País*, 2 de marzo de 1998; si bien, en este ámbito, tampoco todo fueron alabanzas, véase; “La posición del sector crítico sobre el Estatuto de la Función Pública” en *CritiCCOOss* nº 18, 1997 págs. 11 a 16. También en una línea crítica, puede verse: “Elementos básicos para una crítica al modelo de Administración Pública del PP” en *Boletín Federal de Izquierda Unida*, mayo, 1997. Fueron de signo crítico igualmente las manifestaciones de la Federación de Administración Pública de la CGT.

<sup>292</sup> Ello es debido, en buena medida, al dictamen del Consejo de Estado (junio de 1998) sobre el texto elaborado por el Ministerio de Administraciones Públicas, (Proyecto de Ley de la Función Pública) que cuestionaba algunos de sus elementos más importantes, como el Registro de Personal de la Administración, los sistemas de selección del personal, la regulación de la carrera, y de la libre designación, la provisión y la movilidad de puesto de trabajo o el sistema retributivo.

próximas<sup>293</sup>.

Sea como fuere, es lo cierto que el contenido del Proyecto fue ampliamente examinado y discutido, ya no sólo por los principales interlocutores sociales interesados sino también ampliamente por la doctrina científica que se ha estudiado la regulación que contiene en muchos y variados aspectos. En consonancia con aquélla, vamos a hacer un somero examen crítico de este borrador. En líneas generales, éste refunde legislación básica sobre Función Pública vigente, recogiéndola, más o menos, en iguales términos. El sustrato existente detrás de la elaboración del borrador está compuesto de algunos planteamientos acerca de los cuales sí que existe un amplio consenso. La legislación sobre empleo público debería siempre elaborarse pensando como destinatario último en el ciudadano que demanda, sobre todo, eficacia y ésta, a su vez, se logra mediante medidas de gestión<sup>294</sup>. En consecuencia, debe incidirse en aspectos tales como la profesionalidad y la imparcialidad, ambas recogidas desde el art.103.3 de la CE. Debe asegurarse que la carrera del funcionario dependa exclusivamente de sus méritos y de su capacidad pues ello es garantía de imparcialidad<sup>295</sup>.

---

<sup>293</sup> Una Subcomisión estudia la formulación de las bases de un futuro Pacto para la reforma de las AAPP, en los aspectos referentes al régimen competencial, la estructura organizativa y el sistema de recursos humanos. Ello se enmarca en el objetivo general de mejora de la Administración y en esta línea han discurrido las intervenciones parlamentarias del gobierno durante la séptima legislatura. En el momento en el que se escriben las últimas líneas de este trabajo, habiéndose producido un cambio de gobierno, será preciso el transcurso de cierto tiempo para observar los derroteros por los que evoluciona el camino emprendido.

<sup>294</sup> En este sentido, PALOMAR OLMEDA, A; en una "Introducción general sobre la problemática actual del empleo público", *Código de la Función Pública*, Thomson-Aranzadi, 2003, págs 42 y 43; pone de manifiesto cómo el debate acerca de la necesidad de una reforma del régimen jurídico de los funcionarios públicos es una cuestión esencialmente polémica en la lucha partidista o sindical y, en general, en el seno de la Administración, "pero que está lejos de levantar entusiasmos en la sociedad que, muy a menudo, desconoce el sistema de organización de la función pública". Lo que a la sociedad le preocupa son, sobre todo, los resultados, y si las normas de organización permiten mejorar el funcionamiento de la Administración Pública.

<sup>295</sup> Muchas de estas observaciones fueron puestas de manifiesto por SÁNCHEZ MORÓN, M.; en su ponencia: "Consideraciones generales sobre el Borrador de Estatuto Básico de la Función Pública" durante las Jornadas organizadas en la Universidad San Pablo CEU, en colaboración con el MAP: *Hacia un nuevo Estatuto de la Función Pública*. Madrid, junio de 1997.

Otra consideración nuclear va referida a la imprescindible igualdad básica de todos los funcionarios en materias esenciales, lo que lleva al planteamiento de la extensión que la denominación de lo básico debe alcanzar. Hoy en día, las distintas comunidades autónomas ocupan un lugar cada vez más relevante, se encuentra abierto un imparable e importante proceso descentralizador y en consecuencia no tiene sentido redactar con carácter básico aspectos de gran detalle. Sin duda alguna deben recalcarse las competencias exclusivas del Gobierno en materias tales como las retribuciones pero no puede decirse lo mismo del régimen de permisos, o de vacaciones. En esta línea, el esquema adoptado con posterioridad por el texto del Convenio Colectivo Único para el personal laboral, es muy significativo de la existencia de una idéntica reflexión, permitiéndose la flexibilización en ámbitos inferiores, los departamentales, para la aplicación de aquellas cuestiones de gestión. A continuación, se pretende observar algunos de los elementos caracterizadores del empleo público a los que se les viene siguiendo la pista a lo largo de este primer capítulo, para observar qué tratamiento recibían en el borrador de estatuto básico.

### *6.3.1 Opción por el mantenimiento de la dualidad*

El Proyecto de Estatuto de la Función Pública no avanza en ninguna dirección al respecto de la dualidad de regímenes, con ello se puede anticipar la pervivencia de los mismos problemas de siempre a este respecto<sup>296</sup>. El Proyecto no incluía dentro de su ámbito a todo el personal. No se aplica al conjunto del empleo público dando con ello la espalda al proceso de laboralización de la función pública y sin querer conocer que en realidad, este proceso, al menos hasta el momento, ha avanzado de forma imparable. El resultado es que este texto afectará cada vez a un grupo más reducido de empleados públicos.

En lo referente a los problemas de dualidad, el proyecto recoge iguales puestos que antes para el personal laboral sin avanzar solución alguna al problema de la

---

<sup>296</sup> Vid. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.; “El personal laboral de la Administración en

funcionarización de aquel personal. En definitiva, se optaba por el mantenimiento de la dualidad existente entre personal laboral y funcionario a sabiendas de que se trata de una dualidad problemática y foco de no pocas distorsiones e incluso de agravios comparativos. Piénsese, por ejemplo, en los casos de igualdad de puesto y diferente régimen jurídico y diferente retribución. Piénsese en los importantes problemas de gestión que ello trae consigo. Muchos son los que con motivo de la publicación y discusión de los diferentes borradores y proyectos avanzaron su opinión favorable a la opción por un estatuto común del empleado público que incluyera, eso sí, las diferencias precisas en relación a la funcionalidad según el puesto ante el que se esté. Es cierto que el borrador aplicaba algunas normas del estatuto de los funcionarios al personal laboral, pero, considerando que ya existen materias comunes para ambos colectivos de personal en lo tocante a las incompatibilidades, la seguridad social, el acceso o la salud laboral, entre otros, hubiera sido deseable avanzar más en esa dirección.

Sin embargo, acabó por imponerse una concepción marcadamente posibilista<sup>297</sup> en el sentido de no incluir al personal laboral en el texto del estatuto entendiendo el mandato constitucional del art. 103.3 en unos términos estrictos. Frente a las críticas recibidas, se argumentaba que esta separación no tenía porqué significar que las condiciones de trabajo fueran diferentes y se apuntaba a la negociación colectiva del personal laboral y a los acuerdos marco, como instrumentos a través de los cuales lograr una unidad de hecho en el estatuto jurídico del personal. Así, se le estaría concediendo al estatuto básico un papel inspirador del resto de normativa reguladora del empleo público. Detrás de esta argumentación se encontraba la idea de que

---

el anteproyecto de Estatuto de la Función Pública”, *Tribuna Social*, nº 104-105, 1999, págs. 9 a 19.

<sup>297</sup> El entonces Director General de la Función Pública, CATALÁ POLO, R.; en su intervención en las mencionadas Jornadas organizadas en la Universidad San Pablo CEU, en colaboración con el Ministerio de Administraciones Públicas, *Hacia un nuevo Estatuto de la Función Pública*, Madrid, junio, 1997, haciendo referencia a los aspectos fundamentales de la reforma, manifestaba, en este sentido, que una de las claves de la viabilidad del proyecto es que tomara como punto de partida los elementos existentes dejando a un lado otras propuestas más “revolucionarias o rompedoras” que, a juicio del ponente, pudieran representar un obstáculo para la puesta en marcha efectiva de la reforma.

unificar el estatuto supondría problemas de constitucionalidad.

También es destacable la desaparición de la mención del contrato administrativo, pero la definición que se contiene del funcionario interino aparece dibujada en unos términos muy amplios, más amplios que antes. Se corre el riesgo de configurar al interino en un funcionario que cubre transitoriamente una vacante, en un empleado en precario. Esto debería alarmar aún más si consideramos que en la situación actual ya existen importantes bolsas de funcionarios interinos. Se corre pues el riesgo de desnaturalizar la condición del interino<sup>298</sup>. Otra cuestión muy importante es la de los contratados laborales a los que se les prorroga el contrato irregularmente, tampoco se abordaba nada de esto en el texto del borrador<sup>299</sup> pero sí han recibido un tratamiento explícito, al menos en parte, con ocasión del Acuerdo entre la Administración y los Sindicatos para el periodo de 2003-2004.

### 6.3.2 Reutilización de la idea de Cuerpo

La regulación de la carrera, como ya se ha mencionado anteriormente, es una cuestión de importancia clave para la entera estructura del modelo. En este sentido, el Proyecto de Estatuto parecía tender a la reutilización de la idea de Cuerpo y de Escala, introduciendo el concepto de especialidades. Esto se entendió como una vuelta a una mayor complejidad<sup>300</sup>. La Administración se estructura a través de las Relaciones de Puestos de Trabajo y, pese a que aportan dificultades y rigideces, han servido para mejorar la gestión. En el modelo del proyecto, parece que éstas desaparecían pero no estaba claro si se pretendía su sustitución por las plantillas en las que se establecerá el número máximo de funcionarios, porque, al propio tiempo,

---

<sup>298</sup> Acerca de la regulación del funcionario interino y de los problemas que su presencia plantea en el empleo público se detiene el Capítulo III.

<sup>299</sup> Téngase en cuenta que, en paralelo, se iba avanzando en sede jurisprudencial en una diferencia entre los trabajadores fijos y los indefinidos no fijos de plantilla en la Administración Pública.

<sup>300</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M.; en las Jornadas *Hacia un nuevo estatuto de la Función Pública*, MAP, 1997.

se percibía la pervivencia de las Relaciones de Puestos de Trabajo para seguir articulando una parte de los puestos a través de ellas. Ciertamente, las plantillas aportan una mayor flexibilidad pero se correría el riesgo de introducir diferencias entre empleados de plantilla y aquéllos que siguieran adscritos a un puesto de trabajo concreto.

El grado personal desaparece y se introducen las categorías personales. En el proyecto de estatuto había hasta ocho categorías por grupo de personal pero, lo que no quedaba claro en el borrador era el sistema de ascenso de categoría, no se reflejaba con claridad cómo se estructuraba la carrera a través de estas nuevas categorías personales. Ciertamente, la reforma pretendía el establecimiento de un sistema de carrera que, estando relacionado con el desempeño continuado de la profesión, se desvinculara del puesto de trabajo o de la dependencia con respecto a la ocupación de puestos de trabajo concretos. Así, se instauraría un sistema vertical de carrera sin necesidad de tener que cambiar de puestos de trabajo a través de la adquisición de categoría por el transcurso del tiempo y por la introducción de otros elementos de valoración añadidos. Sólo se mencionaban criterios generales tales como, antigüedad, méritos y la imposibilidad de dar saltos de categoría, pero no se resolvía sobre los criterios precisos para la ascensión razón por la cual surgieron dudas acerca de si se estaba volviendo al esquema del escalafón.

Aunque la Administración no se resuelve sólo con leyes, sin duda éstas sirven, o pueden servir, para dar pasos adelante. Esto no se ha hecho, lo poco de nuevo que contenía el proyecto estaba marcado por reminiscencias “retro”, cediendo a presiones corporativistas en algunas materias<sup>301</sup>. Por ello, el proyecto corría el riesgo de convertirse, o de pasar por constituir un nuevo giro de orientación de los que tanto han marcado, y perjudicado, a nuestro sistema de empleo público<sup>302</sup>.

---

<sup>301</sup> A modo de ejemplo, pueden verse las aportaciones que, de *lege ferenda*, efectúan MARAGALL, E. y otros autores integrantes del *Foro para la Reforma de la Administración Pública*, en “El Estatuto de la Función Pública”, *La Vanguardia*, 18 de noviembre de 1997.

<sup>302</sup> Vid. las reflexiones generales que realizaba SÁNCHEZ MORÓN, M.; “Pobre



### 6.3.3 Consolidación de un modelo especial de relaciones colectivas en el empleo público

El Proyecto de Estatuto Básico de la Función Pública debe encuadrarse en el contexto precedente caracterizado por la regulación de la negociación colectiva en el ámbito de la Administración Pública por una normativa<sup>303</sup> sumaria y ambigua que deja muchos aspectos importantes de la materia sin resolver lo cual había llevado a los intérpretes a realizar una complicada labor de rellenado e integración de las lagunas. Este proyecto introduce ya las consideraciones doctrinales y jurisprudenciales que se habían ido sucediendo durante los años de vigencia de la LORAP pero no introduce modificaciones importantes en el sistema de negociación colectiva funcional que sustancialmente permanece como antes<sup>304</sup>.

En cuanto a las características que presenta el proyecto de Estatuto básico, éstas pueden referirse a la estructura negocial y en este aspecto, las mesas generales son las que tienen competencias para determinar el calendario de negociaciones, por lo demás, el cuadro de mesas generales de negociación no sufre variación alguna con respecto a la LORAP en el proyecto de Estatuto, aunque se reduce el número de Mesas Sectoriales puesto que no se prevé la constitución obligatoria de las mesas sectoriales del Organismo autónomo de Correos y Telégrafos, el personal funcionario de Universidades y la del personal de las entidades gestoras de la Seguridad Social.

Además, se aumenta el margen de maniobra de la mesa general a la hora de constituir mesas sectoriales de negociación puesto que permite la constitución de mesas de negociación a nivel de Organismos autónomos u organizaciones

---

Administración”, *El País*, 10 de marzo de 1998.

<sup>303</sup> Se regula en el Capítulo III de la Ley 9/1987 (LORAP) parcialmente modificada por las Leyes 7/1990 y 18/1994.

<sup>304</sup> ROQUETA BUJ, R. “La negociación colectiva en el proyecto de Estatuto Básico de la Función Pública”, *Actualidad Laboral* nº 33, 1998.

administrativas. En el Estatuto Básico se institucionalizan nuevos órganos de negociación que no existían en la LORAP. En primer lugar, una *mesa general de negociación de todas las administraciones públicas*, cuya virtualidad será distinta en función del carácter básico o no básico de las materias a negociar. En segundo lugar, podrá constituirse una *mesa de negociación de las condiciones generales de trabajo* que afecten en su conjunto a todas las EELL. Esto es, se contempla la posibilidad de constituir mesas de negociación comunes al personal de todas las EELL o de algunas de ellas, por ejemplo las pertenecientes a una misma Comunidad Autónoma.

En segundo lugar, en cuanto a los sujetos negociadores, queda claramente explicitado que las Mesas de Negociación son un órgano de composición mixta, no se trata de un órgano colegiado, por lo tanto, el proceso de formación de voluntad del mismo, se encontrará sujeto a un doble momento. Por un lado, el momento de formación de la voluntad interna de cada una de las partes componentes del órgano, y por otro lado, el momento de formación de la voluntad del órgano en su conjunto, lo cual implica la composición y la expresión de la concurrencia de las voluntades de cada una de las dos partes presentes.

Por otro lado, la representatividad de los sujetos negociadores por parte de los funcionarios se debe acreditar en su ámbito específico de constitución. Así, no se reconoce legitimación para formar parte de la mesa general y de las mesas sectoriales de negociación de la Administración del Estado a los sindicatos más representativos a nivel de Comunidad Autónoma, cuyo ámbito de negociación se contrae a la misma. Además, se incorporan nuevas reglas, como el hecho de que se remita a la legislación que se dicte en desarrollo de la Ley, la determinación numérica de las mesas de negociación, que en ningún caso podrá superar el número de quince. En cuanto al criterio de reparto de los puestos de la representación social en las negociaciones, se explicita que éstos se distribuirán en proporción a la representatividad de cada organización sindical legitimada. Y, en cuanto a la designación de los componentes, ello corresponde a las mesas negociadoras. Por

último, para que las mesas negociadoras queden validamente constituidas, se exige que éstas representen, como mínimo, a la mayoría absoluta de los miembros de los órganos de representación unitaria. Esto es una diferencia notable con respecto a la regulación contenida en la LORAP, puesto que en ésta basta para la válida constitución de la mesa negociadora que las representaciones sindicales acrediten una mínima representatividad.

De este modo, en el nuevo Estatuto Básico se podrán dar algunas circunstancias en las que no se pueda constituir válidamente la mesa de negociación. Así, por ejemplo, en las unidades de negociación que no alcancen el número mínimo de componentes para poder elegir representantes, (delegado de personal). O en los casos en que los representantes electos sean todos independientes, o bien, los casos en los que una de las organizaciones legitimadas para estar presentes en la mesa de negociación la abandone por divergencias o desacuerdos. La cuestión, en todos estos casos, estribará en determinar el valor que tendrían en ese caso los acuerdos adoptados. Incluso, y con carácter previo, habría que reconocer plenamente abierta la posibilidad de que sea la Administración la que haciendo uso de la facultad que le confiere el artículo 90.7 del Proyecto de Estatuto, proceda a la regulación unilateral de las condiciones de trabajo. Pero, ya vemos que si se llega a algún tipo de acuerdo, éste carecerá de toda fuerza vinculante y desde luego no comprometerá la posibilidad de modificaciones ulteriores en su fase de aprobación o convalidación.

En tercer lugar, en cuanto al ámbito objetivo de la negociación, aunque pueda parecer lo contrario, el cambio es más aparente que real. Se enumeran las materias objeto de negociación, así como aquellas excluidas, y de nuevo en el proyecto de estatuto básico, se realiza la enumeración sin ningún sistema. Se consagra la diferencia a nivel legal entre pseudonegociación o legislación negociada y negociación propiamente dicha y se matiza así que la negociación colectiva tendrá en cada caso el alcance que legalmente proceda.

En lo que se refiere a materias organizativas con incidencia en el ámbito funcional, podrán negociarse los planes de empleo que afecten a condiciones de trabajo de los funcionarios, así como los criterios generales de las Ofertas de Empleo Público. La ordenación de los puestos de trabajo queda fuera de la autonomía colectiva y otras materias que se encuentran por imperativo constitucional, sometidas a la reserva de ley, dejan un muy escaso margen a la negociación. Se trata de materias como las que afectan al acceso o la carrera profesional.

Por último, un aspecto novedoso en la regulación contenida en el proyecto de Estatuto Básico es la posibilidad introducida de crear órganos de negociación comunes para los funcionarios y trabajadores de la Administración. El hecho de admitirse las mesas de negociación comunes para funcionarios y trabajadores al servicio de una misma Administración permite sortear muchos de los problemas que plantea la dualidad de sistemas de negociación, como los costes en la gestión del personal, o la posibilidad de acercar los regímenes de uno y otro personal. Sin embargo, dicha negociación conjunta debe materializarse en instrumentos negociales distintos y formalmente separados según afecten al personal estatutario o al laboral, es decir, en Acuerdos o Pactos o en Convenios Colectivos<sup>305</sup>.

#### **6.4. La negociación colectiva y el acercamiento entre los regímenes de empleo público**

El 16 de noviembre de 1998, la Administración del Estado y las centrales sindicales CCOO, UGT, CSI-CSIF, CIG y ELA-STV, suscribieron el Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Administración General del Estado. Como la propia denominación del Convenio se encargaba de establecer, el propósito de las partes firmantes era conseguir un convenio único para el personal laboral de

---

<sup>305</sup> Vid. MARÍN ALONSO, I.; “Problemática de la negociación colectiva funcional en el anteproyecto de Estatuto Básico de la Función Pública”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Estudios Financieros nº 193, 1999, pág. 22.

la Administración del Estado que facilitara la regulación uniforme de las condiciones de trabajo de todo el personal laboral al servicio de la Administración. En un ámbito como el de la Administración, en el que, por razones obvias, el juego de la autonomía de la voluntad está muy limitado, la regulación de las condiciones de trabajo debe descansar sobre todo en la autonomía colectiva desde una perspectiva unitaria, común para los trabajadores con independencia de que presten servicios en diferentes departamentos ministeriales. Este es el objetivo abordado por el denominado “convenio único” que, al margen de abordar otras cuestiones menores, intenta establecer reglas homogéneas acerca de cuestiones tan importantes como la clasificación profesional, los sistemas de ingreso al trabajo y de provisión de vacantes, el tiempo de trabajo y la estructura salarial. En su momento tendremos ocasión de referirnos a cada uno de estos aspectos concretos cuando sean tratados en el apartado correspondiente.

El logro del cometido perseguido, aunque notable, no ha sido completo. Por lo que respecta a su ámbito, se mantienen extramuros del Convenio Único una serie de colectivos, menores si se quiere, pero que impiden hablar de una unidad total<sup>306</sup>. Lo mismo sucede con la regulación de las condiciones de trabajo dado que, pese al enorme esfuerzo realizado, la implantación del sistema de clasificación profesional no es total ya que necesita, para ciertos colectivos, de posteriores acuerdos de la Comisión Paritaria del Convenio, incluso de alguna subcomisión creada en su seno y, también, existen importantes normas transitorias en materia salarial que dificultan la regulación uniforme en la materia, así como en materia de representación de trabajadores. No obstante, se debe valorar como algo muy positivo, tanto el que se haya emprendido este proyecto, como los resultados obtenidos, sobre todo teniendo en cuenta el punto de partida que era la existencia de una regulación fragmentada y

---

<sup>306</sup> BLASCO PELLICER, A.; “Convenio Colectivo Único para el personal Laboral de la Administración General del Estado”, en *La Administración como empresario. Aspectos laborales y sindicales. Convenio Colectivo único para el personal laboral de las AAPP*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 2000, pág. 372.

con lagunas de regulación importantes<sup>307</sup>. Ahora se cuenta con un cuerpo normativo básico que por su contenido, y por su ámbito de aplicación, facilita el objetivo de lograr una regulación unitaria. Tendremos ocasiones de volver sobre ello<sup>308</sup>.

Por su parte, el Acuerdo Administración-Sindicatos para el periodo 2003-2004, a pesar de ser reciente, ya deja notar sus efectos sobre el empleo público. En virtud de las reuniones mantenidas entre representantes de los ministerios de Administraciones Públicas y de Hacienda y las organizaciones sindicales más representativas, se alcanzó con fecha de trece de noviembre del presente año, un acuerdo para el periodo 2003-2004 con el objeto de modernizar y mejorar la Administración Pública, incrementando sus niveles de competitividad y de calidad. Es importante situar el mencionado acuerdo en el marco de los procesos de transferencias desde la Administración General del Estado a las Comunidades Autónomas, procesos que han supuesto el traspaso de un importante volumen de recursos humanos de uno a otro ámbito. Pero además, se debe tener en cuenta el contexto de modernización y de impulso a una orientación hacia la calidad en la prestación de los servicios. En esta línea, el Acuerdo, desde su propio Preámbulo, se propone avanzar en el objetivo esencial de mejorar los servicios que se prestan a los ciudadanos. Es claro que ello se encuentra íntimamente relacionado con los medios personales de los que dispone para la prestación de los mismos.

Así pues, dado que la adecuada ordenación y gestión de los recursos es un factor clave para la mejora de la calidad en la prestación de los servicios y teniendo en cuenta además, como vamos a poder ver en el siguiente capítulo, que la planificación es un instrumento, a su vez, esencial para cumplir con los principios de eficacia y eficiencia que deben presidir toda política de recursos humanos, el análisis detenido no sólo de los objetivos señalados desde el acuerdo, sino de los

---

<sup>307</sup> SALA FRANCO, T.; BLASCO PELLICER, A. y ALTÉS TÁRREGA, J.A.; La negociación colectiva en el empleo público, MTAS, 2001, pág.24

<sup>308</sup> Un estudio más detenido acerca del contenido del Convenio Único se lleva a cabo en el Capítulo IV de este trabajo.

medios específicos que se arbitran para lograrlos, resultará del mayor interés.

Un elemento más de entre todos aquellos que destacan desde el inicio, lo constituye el hecho, sin duda importante, del tratamiento unitario que desde el contenido del acuerdo se dispensa a la totalidad del personal que resultará afectado por él. Así, en efecto, personal laboral y funcionario, empleados públicos ambos en definitiva, encuentran una regulación común siquiera en el marco de los principios y de las líneas de actuación. Al análisis de la misma se dedicarán las líneas siguientes<sup>309</sup>.

Es señalada la aparición de planes estratégicos plurianuales<sup>310</sup>, que contendrán medidas de redimensionamiento del personal, medidas relativas a la movilidad del personal y un largo etcétera. También, se observa un especial tratamiento del papel de la Oferta de Empleo Público en una búsqueda por lograr que ésta resulte lo más equilibrada posible. Además de ello, se trata de poner en marcha todo un conjunto de medidas relativas a la retribución por objetivos, a la jornada, a la aplicación de medidas que permitan la conciliación de la vida laboral y familiar, algunos de estos aspectos serán tratados con más detenimiento en el Capítulo IV de este trabajo<sup>311</sup>.

El Acuerdo Administración-Sindicatos para 2003-2004, contiene medidas en

---

<sup>309</sup> En este sentido, el Gobierno ha potenciado la creación de una subcomisión dedicada al estudio de las bases necesarias para un futuro *Pacto para la Reforma de las AAPP*. En él se entienden comprendidas, cuestiones relativas al reparto competencial, a la estructura organizativa y, a nuestro efectos lo más importante, al sistema de los recursos humanos. La intervención del Secretario de Estado para la Administración Pública en su comparecencia en el Congreso, hizo referencia a diferentes aspectos relativos al empleo público. De entre ellos destaca el compromiso del Gobierno de elaborar en seis meses un *Diagnóstico Global de la Situación de los Recursos Humanos en la Administración General del Estado*. Se enmarca dicho compromiso dentro del contexto del Acuerdo Administración-Sindicatos para 2003-2004.

<sup>310</sup> El dato de la plurianualidad, sin duda, debe ser valorado positivamente; representa la posibilidad de realizar una planificación a más largo plazo en este ámbito, tal como se venía reclamando, vid. SALA FRANCO o PALOMAR OLMEDA.

<sup>311</sup> Entre las valoraciones sindicales relativas al Acuerdo, puede verse la *Valoración Jurídica* que efectuó el Comité Confederal de CGT, en su Boletín nº 80 correspondiente a diciembre de 2002.

torno a la planificación de los recursos humanos, centrándose en el incremento de la estabilidad en el empleo y en el control estricto de la temporalidad. Además, en el marco de dicho acuerdo deben tenerse en cuenta una serie de compromisos. Así, durante los próximos dos años, el número de plazas de nuevo ingreso no superará el número que resulte de aplicar el 100% de la tasa de reposición de efectivos. Pero, por otra parte, se contiene en él un compromiso de reducción de la temporalidad hasta el 8% del total de efectivos y todo ello sin dejar de lado el hecho de que se encuentran abiertos determinados procesos de consolidación del empleo temporal de naturaleza estructural que fuera anterior al 2 de diciembre de 1998.

Dentro de los contenidos relativos, concretamente, al personal funcionario, pueden observarse una serie de medidas referidas a los procesos de funcionarización, junto a otras relativas a los procesos de estabilización del personal. En concreto, los procesos de estabilización del empleo público se encuentran reflejados en el Título IV que lleva por título: Medidas encaminadas a favorecer la estabilidad en el empleo público. Dentro de este título, los capítulos XI, XII y XIII son reguladores de los diferentes aspectos. Las medidas encaminadas a favorecer la estabilidad del personal indefinido no fijo diferencian entre dos posibles situaciones de partida. Por una parte, se encuentran los puestos del personal que ha sido declarado por sentencia indefinido no fijo y cuya relación de carácter temporal con la Administración fuera anterior a 2 de diciembre de 1998, que serán objeto de consolidación con la puntualización de que cuando se trate de personal que esté desarrollando funciones equivalentes a las de los Cuerpos y Escalas de personal funcionario, el puesto que vinieran desarrollando, u ocupando, será transformado en uno de carácter funcionarial. Por otra parte, el personal que ostenta la condición de indefinido por sentencia con efectos anteriores a 7 de octubre de 1996 o aquel que, en virtud de las previsiones contenidas en un Plan de Empleo aprobado con anterioridad a dicha fecha se le hayan extendido pronunciamientos judiciales que determinen tal condición y así haya sido recogida en las correspondientes hojas de servicios, tendrá la consideración de personal fijo a los efectos del Convenio



Colectivo que les sea de aplicación<sup>312</sup>.

Después de los diversos avatares de finales del siglo XX, la situación se mantiene, en lo esencial, idéntica a la tendencia que venía dándose en el pasado. De hecho, y a la espera de que tome forma de realidad un estatuto de la función pública, no cabe albergar muchas esperanzas sobre la posibilidad de configurar un texto unitario. En el momento presente, dos grandes instrumentos, como se acaba de ver, consolidan *de facto* esta dualidad: el CCU y el congelado proyecto de Estatuto Básico. A medio camino, como una suerte de elemento unificador, hay que ubicar el Acuerdo Administración Sindicatos para el periodo de 2003-2004. Afortunadamente, la negociación colectiva en el empleo público se proyecta hacia el futuro más inmediato como una fuente de progreso, pese a las dificultades, a estas alturas de sobra conocidas, en este ámbito.

En los últimos tiempos, la situación de dispersión normativa y la heterogeneidad de regímenes del personal público se ha visto agravada con la previsión de normas sectoriales referentes al personal docente<sup>313</sup>, al sanitario<sup>314</sup>, al personal de la Administración de Justicia o de los servicios postales. El resultado es una situación de fragmentación real del régimen de prestación de servicios que recuerda, o tal vez es consecuencia de la fragmentación existente en la función pública española que remonta sus orígenes a la dialéctica existente en la administración decimonónica entre cuerpos especiales y cuerpos generales<sup>315</sup>. Con

---

<sup>312</sup> Vid. las referencias al contenido de estos acuerdos en este aspecto concreto de MOLERO MARAÑÓN, M.L.<sup>a</sup>; “La consolidación de una nueva categoría contractual en el ámbito de la Administración Pública: el contrato temporalmente indefinido”, *Relaciones Laborales* nº 1, 2004, pág. 19

<sup>313</sup> La entrada en vigor de la LOU ha supuesto la puesta en marcha de un esquema regulador sustancialmente distinto del que venía siendo aplicado que ha determinado la existencia de una nueva categoría de personal docente al servicio de las universidades públicas.

<sup>314</sup> La Ley 44/2003 de Ordenación de las Profesiones Sanitarias en la DA 1ª declara la relación laboral especial de los médicos residentes.

<sup>315</sup> JIMÉNEZ ASENSIO, R.; “Cuerpos generales *versus* cuerpos especiales: La fragmentación de la Función Pública española”, *Revista Vasca de Administración Pública* nº 23, 1989, pág.108, quien sostiene que, “en el siglo XIX y principios del XX se sentaron las bases de lo que en un

independencia de la plasmación formal que se adoptara, sería conveniente avanzar en la formulación de unos parámetros comunes para la prestación de servicios en el ámbito público, y, en este sentido, desde estas líneas se entiende que se dan elementos para profundizar en esta línea.

---

futuro sería un sistema disgregado, fragmentado y difícilmente gobernable bajo criterios de uniformidad”.

## **CAPÍTULO II: ELEMENTOS VERTEBRADORES DEL EMPLEO PÚBLICO**

### **1. LA CRISIS DEL PLANTEAMIENTO CLÁSICO DEL EMPLEO PÚBLICO**

La realidad de un sujeto público receptor de servicios prestados de forma libre y voluntaria a cambio de una retribución, atribuye de plano a la Administración Pública un papel protagonista en el ámbito de las relaciones laborales. Esta es una realidad que arrastra otras tantas cuestiones a ella encadenadas; ya solo desde un punto de vista meramente sociológico, por ejemplo, se debe tener en cuenta el importante factor del interés profesional de los sujetos que prestan esos servicios.

Sea como fuere, y sin entrar por ahora a distinguir entre las muy variadas posibilidades de realización de trabajo para la Administración, desde el momento en que en este contexto tienen lugar prestaciones de servicios, es un hecho incontrastable la aparición de la contraposición de intereses que toda prestación de trabajo lleva consigo anudada. Por lo tanto, con independencia de cuál sea la vía por medio de la cual ese trabajo se presta, lo cierto es que también en el seno de la Administración se presentan los conflictos y tensiones propios de las relaciones productivas. Esta es la razón por la que, dejando a un lado, por el momento, la evolución del estatuto de los empleados públicos, las líneas que siguen se adentrarán en la realidad que surge a partir de la faceta de una Administración Pública que también es receptora de servicios, dándose con ello lugar a la existencia de relaciones productivas.

Todo ello debe acompañarse de una reflexión sobre el cambio de actuación de la Administración pública, pues es evidente la evolución experimentada. La posición de supremacía de la Administración Pública, dado que ella personificaba la soberanía estatal en todas y cada una de sus manifestaciones, ha servido de cobertura ideológica para el mantenimiento de una separación tajante entre el

empleo público y el empleo privado. El denominado “imperium” ejercido por la Administración y la afectación del interés público impedían el establecimiento de esquemas propios del derecho del trabajo que pudieran llevar a la negociación colectiva de las condiciones de empleo<sup>1</sup>.

La necesidad de cumplir los fines propios del Estado, así como la necesidad de someter el funcionamiento del aparato administrativo a factores objetivables, es el fundamento de una serie de instituciones y de prerrogativas<sup>2</sup> exorbitantes del derecho común que, en cualquier caso, resultan impensables en las relaciones entre particulares. Por ejemplo, la construcción de la teoría estatutaria utilizada para definir y regular las relaciones jurídicas de los funcionarios con la Administración, justificaba el poder de modificación unilateral de las condiciones de empleo de forma que el funcionario no tenga más derechos que los que en el momento concreto le reconozca su estatuto. En otras vertientes de la actividad administrativa se manifiesta también este poder especial como, por ejemplo, los efectos del *factum principis* en los contratos administrativos, la expropiación forzosa, las técnicas de intervención y planificación urbanística o la propia jurisdicción contencioso-administrativa que es una jurisdicción especializada y diferente de la común<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Así, por ejemplo, NIETO, A.; afirma ser “un error monstruoso considerar a los funcionarios en tensión frente a su Estado-patrón, de la misma manera que los obreros y empresarios” y que el “papel del funcionario no es el de oponerse al Estado, sino el de formar parte del mismo”. Esta cita la recoge RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.; en “Trabajo privado y trabajo público”, *Relaciones Laborales* I/1989, pág. 42 donde, comentando el art. 103.3 de nuestra Constitución considera que ésta sigue, treinta años después, los modelos constitucionales de la Postguerra, que partieron del modelo tradicional franco-germánico del funcionario público como parte integrante de la Administración Pública y como sector totalmente separado del de los trabajadores privados. Y es que la doctrina administrativista coincidía al considerar que los funcionarios públicos se identifican sin conflictos con la Administración gozando de una situación unilateral estatutaria, como garantía imprescindible para permitir la actuación de la Administración a través de aquéllos.

<sup>2</sup> Sobre la reclamación previa, como una institución que se inserta dentro de los tradicionales privilegios de la Administración Pública como instrumento de mejora de su defensa o de prevención de litigios, y sobre las disfunciones y los obstáculos que presenta para los demandantes, resulta muy interesante el comentario realizado por: DESDENTADO BONETE, A.; “Funciones y disfunciones de la reclamación previa. Un comentario a la STC 12/2003 (RCT 2003, 12)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* n° 120, 2003, págs. 849 a 864.

<sup>3</sup> Resulta de gran interés las reflexiones que sobre el particular efectúa PALOMAR OLMEDA, A.; en “Consideraciones a cerca del sometimiento al derecho privado.....” op. cit. pág. 139 y ss.

Pero, en el aspecto concreto de las relaciones productivas, la situación no deja de resultar llamativa: En el momento en que en los estados democráticos se asiste a la cristalización de los derechos de los trabajadores, la legislación laboral queda al margen de todo un campo de relaciones productivas que “cae” dentro del ámbito público. Y en dicho espacio se niega la posibilidad de negociación y se evitan en lo posible las manifestaciones de conflicto entre quienes prestan servicios y la Administración que los recibe. De este modo, se asientan unas relaciones basadas en la supremacía de la Administración donde el hecho sindical, en principio, está proscrito y donde se excluye la posibilidad de pactación colectiva de las condiciones de trabajo.

Ciertamente, como contrapartida, según se ha visto, habían ido, poco a poco, surgiendo, aunque de un modo distinto al empleo privado, algunos principios protectores. Una cierta idea de compensación se encuentra en el origen de buena parte del proceso de reconocimiento de los derechos de permanencia e inamovilidad de los funcionarios públicos referido en el capítulo anterior. En cualquier caso, fue tomando cuerpo un esquema, según el cual, a cambio de una fuerte estabilidad en el empleo y de una cierta protección asistencial, se producía una marcada desprotección colectiva. Una seguridad en el empleo que, además de responder a otros objetivos, pretendía compensar una manifiesta insuficiencia de otros derechos. Se trataba de una concepción que, impregnada de un fuerte paternalismo y control, ofrecía una tutela individual fuerte como coartada para justificar la desprotección colectiva<sup>4</sup>.

En la actualidad, una cuantitativamente importante presencia de personal en el seno de las dependencias públicas ha hecho que los gastos por dicho concepto se conviertan en una partida fija dentro de los que se presupuestan cada año y que, por

---

<sup>4</sup> Sobre esta cuestión puede verse más en extenso una interesante reflexión acerca de la incompatibilidad entre función pública y huelga de: BAYLOS GRAU, A.; *Derecho de Huelga y Servicios Esenciales*, Tecnos, 1988, en las págs. 31 a 36.

la importancia de su montante, han conseguido llamar la atención. Las fórmulas ensayadas en torno a la gestión del personal han mantenido enfoques diversos. Hubo un tiempo en el que lo relativo al personal no era tenido en cuenta dentro de las organizaciones públicas por considerar que se trataba de una cuestión propia del empleo privado<sup>5</sup>. Hoy, el planteamiento es otro; ni se deben trasladar sin más los esquemas de gestión privada al ámbito público sencillamente porque la inspiración de base es distinta, ni se pueden continuar ignorando cuestiones de tanta trascendencia económica.

A estas alturas, es claro que el empleo público precisa unos instrumentos de gestión adaptados a su singularidad que aseguren la eficacia de la actuación administrativa y la eficiencia en la asignación de los recursos. Los elementos caracterizadores del empleo público -el sistema reglado de acceso, la inamovilidad, las incompatibilidades... han experimentado cambios cualitativos en la perspectiva de los últimos tiempos. En realidad, puede decirse que los elementos que, según se afirmaba en el capítulo anterior, configurarían un hipotético estatuto del empleado público, se encuentran en la actualidad mediatizados por una nueva realidad que ha entrado como una avalancha en la Administración Pública.

El creciente interés que ha ido desarrollándose en la doctrina jurídica por todo lo referido a los recursos humanos y su gestión en el ámbito público, es indicativo de lo preciso y de lo complejo que resulta el establecimiento de vías de gestión armonizadoras de intereses, pero, sobre todo, favorecedoras de la eficacia administrativa en todos sus ámbitos de actuación. Sólo hay que observar la variedad de tareas asumidas por las administraciones públicas, presentes en cada vez más sectores y responsables de cada vez más materias a las que se ha de responder con prontitud, y en muchas ocasiones, en competencia abierta con sujetos privados que,

---

<sup>5</sup> En este sentido se ha apuntado que los elementos micro no eran tenidos en cuenta frente a la importancia conferida a los elementos macro de todas estas organizaciones: PALOMAR OLMEDA, A.; *Planificación de los recursos humanos en el empleo público*, MC Graw Hill, 1997, págs. 4 y ss.

teniendo unos más ágiles mecanismos de actuación, pueden reaccionar con mayor celeridad frente a las demandas de la sociedad.

Dado que el punto de partida es una inicial posición de supremacía de la Administración, ya mencionada, que había vertido sobre las relaciones con el personal todo su influjo, la expansión de signo creciente de la actuación pública demandaba esfuerzos de adaptación que hicieran posible a las estructuras públicas competir con el sector privado en la prestación de bienes y servicios a la sociedad. El paso siguiente será pues un vertiginoso crecimiento del personal laboral en las dependencias públicas. Con ello se dinamitó desde la propia base el sistema vigente hasta ese momento de relaciones productivas basadas en la jerarquía en un contexto de inamovilidad y garantismo.

Fue, precisamente, esa búsqueda incesante de mecanismos ágiles de reclutamiento y gestión de personal lo que provocará que los gestores públicos tuvieran durante un considerable periodo de tiempo, los ojos puestos en la norma laboral como la panacea remediadora todos los males. Pero, esta normativa laboral no ha dado los frutos que de ella se esperaban, o al menos no todos; en cambio, la notable expansión del personal contratado laboral ha tenido la virtud de poner en crisis la totalidad del sistema de empleo público.

En efecto, las distorsiones que la normativa del derecho del trabajo ha provocado en la regulación de las prestaciones de servicios del personal en la Administración Pública, se dejan ver sin dificultad en la contratación temporal<sup>6</sup>, o en la clasificación profesional, o en la regulación de la extinción de los contratos.

---

<sup>6</sup> Por ejemplo, se ha hecho notar cómo la aplicación de la norma laboral en el seno de la organización administrativa adquiere un valor propio, incluso creándose un significado distinto para determinados conceptos como el de la indefinición del contrato que “adquiere un valor propio y diferenciado cuando entra en contacto con la organización administrativa creándose un régimen jurídico nuevo y distinto de la contratación indefinida...”, MOLERO MARAÑÓN, M<sup>a</sup> L.; “Comentario a la STS de 27 de mayo de 2002. La creación jurisprudencial de una paradoja: el contrato temporalmente indefinido”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, (L. E. de la Villa Gil, Dir.), n° 2, 2003, IUSTEL.

Todo ello sin pasar a la dimensión colectiva de esas relaciones laborales porque entonces tendríamos obligadamente que hacer referencia a la negociación, a los ámbitos de representación sindical o al ejercicio del derecho de huelga.

El interrogante que recorre estas reflexiones es si tiene sentido seguir manteniendo la dualidad de regímenes en el empleo público. Cabe también preguntarse acerca de si resulta inevitable, e incluso si es conveniente, que se produzca en este ámbito una absoluta “privatización” del régimen jurídico de todos los empleados. Hoy, lo público se ha puesto a régimen y este paulatino adelgazamiento está dejando al descubierto numerosos asuntos pendientes. Unos de ellos sigue siendo el relativo al personal.

Aunque es aún muy poderosa la inercia de planteamientos rígidos que defienden la absoluta separación de regímenes y aún la presencia exclusiva de personal funcionario, se observan en los últimos años inequívocos síntomas, tanto de acercamiento, incluso de convergencia, como de replanteamiento del concepto de empleado público. No es momento de enumerar, una vez más, los factores que amenazan a la concepción tradicional de la función pública que hoy corre el riesgo de parecer arcaica o disfuncional<sup>7</sup>, pero existen en el momento presente elementos que dibujan un escenario muy diferente para el empleo público. El juego de esos nuevos factores provoca lo que se ha llamado “la crisis del planteamiento clásico del empleo público”<sup>8</sup>.

## **2. LA IDEA DE EFICACIA COMO PRESUPUESTO DE ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS**

Al abordar cualquiera de las cuestiones que actualmente se plantean en torno al empleo público, pocos conceptos se repiten tanto como el de eficacia. Con

---

<sup>7</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.; Proyecto Docente, pág. 197.

<sup>8</sup> ESCUDERO RODRIGUEZ, R.; Proyecto Docente, capítulo VI.



independencia de cuál sea el concreto aspecto que se trate en cada caso, para justificar decisiones reorganizativas en la Administración, para introducir técnicas de gestión y planificación de los recursos humanos o para argumentar en favor de una gestión privada de determinado servicio público, en todas y cada una de estas cuestiones, de un modo u otro, aparecerá la idea de eficacia.

Esta realidad ha sido puesta de manifiesto por PAREJO ALFONSO<sup>9</sup> que ha observado cómo la exigencia a los poderes públicos de consecución de efectos “tangibles y reales” ocupa hoy un primer plano; ello ha hecho a la doctrina cobrar un renovado interés por este principio jurídico que, sin embargo, no es nuevo. Ahora bien, a pesar de que de un modo aproximado se pueda tener una noción de lo que este concepto significa, resulta imprescindible su precisión. En la mayoría de las ocasiones, se emplean eficacia, efectividad o eficiencia, como términos cuyo significado resulta intercambiable, pero debe tenerse en cuenta el significado general o previo que es el que mayoritariamente se le asigna en la economía y en la ciencia de la Administración. La eficacia es la efectiva consecución de unos objetivos prefijados, mientras que la eficiencia es una subespecie de la eficacia que pone en relación los medios empleados para alcanzar los objetivos señalados de manera que se pueda determinar el grado óptimo en aquélla<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> PAREJO ALFONSO, L.; “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública”, en *Documentación Administrativa*, nº 218-219, 1989.

<sup>10</sup> Por eficacia de algo, cabe entender la producción de efectos conformes a las intenciones de aquellos que han creado ese instrumento (norma, institución jurídica, etc.). Por efectividad, la virtualidad para lograr observancia de la norma. Los teóricos del Derecho suelen distinguir entre distintos grados de efectividad: cumplimiento espontáneo (la norma se cumple aunque se desconozca porque, por ejemplo, impone una obligación moralmente consolidada como la de cuidar a los hijos); cumplimiento porque la norma opera en el destinatario como una razón para no plantearse qué hacer; por temor a la sanción; normas poco efectivas pues se incumplen a pesar de la sanción (la multa me compensa) y finalmente normas generalmente inobservadas y de castigo no impuesto (doble fila en Madrid). La eficiencia, por último, es un concepto proveniente de la economía del bienestar y significa, básicamente, “aprovechamiento de los recursos”, es decir, producción lo más cercana posible a la frontera de posibilidades, frontera a partir de la cual alguien pierde para que otro gane (este es el criterio propuesto por Vilfredo Pareto para medir la eficiencia: un estado de cosas es más eficiente, o Pareto-superior, que otro si todos pueden ganar con el cambio; un estado de cosas es un óptimo de Pareto, si nadie puede ganar si no es a costa de alguien).

Los medios materiales y personales de las distintas administraciones públicas están destinados a la actuación a través de ellos de lo que constituye su finalidad: el servicio con objetividad a los intereses generales. Pues bien, la intención de estas páginas consiste en situar las reflexiones existentes acerca de la introducción del principio de eficacia, de su valor como principio jurídico, de la elaboración jurisprudencial del Tribunal Constitucional y de su proyección sobre la Administración Pública, y prolongar la reflexión hasta la realidad del empleo público.

### **2.1. El renovado interés por una gestión eficiente de los recursos públicos**

La presencia del concepto de eficacia en la Constitución, indica el interés por lograr un efecto real sobre la actuación que se refleja hacia el exterior de la organización administrativa. El artículo 103.1 de la Constitución Española establece que “la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”. Este artículo experimentó diversos avatares durante la tramitación parlamentaria del texto constitucional; aunque en un primer momento, en el Anteproyecto de Constitución elaborado por la Ponencia designada para ello, no se hacía ninguna mención a la eficacia, en las enmiendas presentadas por diferentes grupos parlamentarios sí que aparecía ésta al hacer referencia a la organización y el funcionamiento de la Administración. Parece deducirse del texto constitucional una voluntad de introducir este principio jurídico como una imposición expresa a la actuación administrativa<sup>11</sup>.

No es pacífica la cuestión de que el concepto de eficacia recogido en el texto

---

<sup>11</sup> De hecho se ha hecho referencia a la existencia de un contexto general de preocupación por “enfatar la efectividad y la eficacia de las determinaciones y los mecanismos constitucionales previstos”, vid. PAREJO ALFONSO, L.; “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública”, en *Documentación Administrativa*, nº 218-219, 1989, pág. 22.

constitucional sea un verdadero principio. El parecer de la doctrina no es unánime al respecto. Podría entenderse, con algunos autores<sup>12</sup>, que la eficacia funciona como un criterio general expresivo de una aspiración de los redactores de la Constitución. Sería, por decirlo así, una afirmación que se da por descontada en cuanto que es lógico suponer que la actuación de la Administración Pública se orienta a la efectiva consecución de las finalidades u objetivos que le son propios. En soporte de esta concepción, se argumenta que de este deber de eficacia que tienen las administraciones públicas no se extrae ninguna consecuencia relevante en orden a entender lo que las mismas representan.

Ello no significa que el mencionado concepto carezca de trascendencia; la eficacia es un criterio de actuación y como tal, posee la máxima importancia<sup>13</sup>. Pero, se observa que este creciente interés que para una parte de la doctrina<sup>14</sup> ha cobrado el concepto de la eficacia, se sitúa en la órbita de las corrientes que abogan por la introducción de parámetros propios del derecho privado en el sector público y que valoran la eficacia, entendida en el sentido de consecución efectiva de objetivos concretos en un proceso sometido a costes tolerables, como un elemento de la

---

<sup>12</sup> BAENA DEL ALCAZAR, M.; "Art. 103.1 y 2. Los principios reguladores y la estructura de la Administración" en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, (O. Alzaga Villamil, Dir.), Edersa, 1998, pág. 402. GARRIDO FALLA, F.; *Comentarios*, Cívitas, Madrid, 1985, pág. 1427.

<sup>13</sup> En todo caso se diferencia entre principios de organización y criterios de actuación, para concluir que, al igual que la objetividad, la eficacia no es un principio sino un criterio. En este sentido, también puede verse la cuestión en otro trabajo de BAENA DEL ALCAZAR, M.; "Administración central y periférica" en *La Administración en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, pág. 60. Aquí se sostiene que pese a que "el art. 103 menciona entre los principios el de eficacia y se refiere también a la objetividad con que debe actuar la Administración", no la califica expresamente como principio. "...no se trata de verdaderas ideas nucleares de las que extraer consecuencias, sino de simples directrices de actuación (.....) es claro que toda organización debe actuar de manera eficaz y sin atender a particularismos, y más aún la organización pública por excelencia, pero de aquí difícilmente pueden obtenerse deducciones que sirvan de instrumento de comprensión del sistema constitucional en materia de Administración".

<sup>14</sup> Estamos viendo que desde PAREJO ALFONSO, L.; op. cit., pasando por MENÉNDEZ PÉREZ, *El principio de la eficacia de la función administrativa. Virtualidad práctica. Estudio jurisprudencial*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1995 y URANGA; "El principio de eficacia como garantía de los derechos consagrados en la Constitución", *X Jornadas de Estudios de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado*, vol. III, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.

llamada *flexibilidad*<sup>15</sup>.

Al margen del debate acerca de si la eficacia es un verdadero principio jurídico o un criterio de actuación, el diagnóstico de la situación al que se referían las anteriores líneas es certero. El interés por la eficacia ha resurgido ahora dentro de un contexto nuevo y se ha reformulado con vistas a su proyección sobre la Administración Pública en esa búsqueda, al inicio mencionada, de consecución real y efectiva de unos determinados objetivos. Los aspectos relativos al personal se sitúan en el plano de los medios utilizados para que las distintas administraciones en general, puedan dar cumplimiento a sus objetivos. Es esta una línea por la que se puede avanzar, proyectando el concepto de eficacia sobre el empleo público para saber si puede darse una organización del mismo que favorezca la eficacia de la Administración. En realidad, ello sitúa las consideraciones en unos términos más próximos al concepto de eficiencia, puesto que se trata de valorar la relación entre los medios -en este caso, el personal que presta servicios- y los fines de una organización pública.

## **2.2. La eficacia jurídica del principio de eficacia**

El Tribunal Constitucional ha abordado estos conceptos en un número considerable de sentencias, lo que permite extraer algunas líneas generales que fijan una doctrina que asume la naturaleza jurídica del principio de eficacia y extrae de este principio jurídico-constitucional, así reconocido, importantes consecuencias. La STC de 22/1984, de 17 de febrero, afirma que uno de los principios que la Administración Pública ha de observar en su actuación es el de eficacia con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. También la STC 27/1987, de 27 de febrero, explicita en su Fundamento Jurídico nº 2, que el principio de eficacia administrativa debe predicarse no sólo de cada Administración Pública, sino del

---

<sup>15</sup> BAENA DEL ALCAZAR, M. op. cit. pág. 402. En cualquier caso, más adelante (en el Capítulo IV) se analiza la recepción de la flexibilidad en la gestión de la fuerza de trabajo en el empleo público y sus manifestaciones en la regulación de la clasificación profesional, la movilidad del personal o la regulación del tiempo de trabajo.

conjunto, del entero entramado de los servicios públicos. En la misma línea, la STC 178/1989, de 2 de noviembre, señala que la eficacia es un principio esencial, sancionado constitucionalmente en el art. 103.1 CE que debe presidir toda la actuación de la Administración Pública<sup>16</sup>. A mayor abundamiento, más adelante en esa misma sentencia se hace referencia a que la eficacia ocupa un lugar preponderante dentro de los principios, junto a otros como la imparcialidad, lo cual se debe tomar en consideración por el legislador a la hora de “diseñar el régimen o los sistemas de incompatibilidades, extrayendo del mismo todas sus consecuencias”.

La eficacia es un bien o un interés jurídico que se integra en un determinado orden constitucional de valores y principios lo que determina su necesaria cohabitación con el resto de elementos que conforman dicho orden. La inclusión de este principio plantea la cuestión de su relación con los demás principios o bienes constitucionales<sup>17</sup>. A esta cuestión ya hacía referencia el voto particular formulado a la STC 75/1983 de 3 de agosto, cuando, afirmando el valor superior que en nuestro ordenamiento tiene el principio de igualdad, expresamente se afirma que “es indudable que no puede buscarse la eficacia de la Administración con medidas legislativas que atenten (...) contra la igualdad de los ciudadanos”<sup>18</sup>.

Es importante el papel que el legislador desempeña en la tarea de concretar en

---

<sup>16</sup> La doctrina contenida en esta sentencia se ha reiterado, entre otras, en las SSTC 42/1990, de 15 de marzo, 68/1990, de 5 de abril, y 192/1991 de 14 de octubre. La STC 41/1991 de 28 de febrero, entendió compatible con los principios de mérito y capacidad, “la exigencia del conocimiento del catalán a los funcionarios públicos de nuevo ingreso” que es conforme con el principio de eficacia (art. 103.1 CE) que debe inspirar el funcionamiento de las administraciones públicas, “ya que la Administración catalana será más eficaz si sus servidores conocen las dos lenguas oficiales de la Comunidad”.

<sup>17</sup> Vid. STC 178/89, de 2 de noviembre.

<sup>18</sup> Voto Particular que formularon los magistrados, BEGUÉ CANTÓN, DíEZ PICAZO, TOMÁS Y VALIENTE, GÓMEZ FERRER y TRUYOL SERRA. La STC 75/1983, de 3 de agosto, es una sentencia del Pleno dictada en Cuestión de Inconstitucionalidad promovida por la Sala 2ª de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia de Barcelona. En la sentencia se declara que no ha lugar a la declaración de inconstitucionalidad de la Ley para el municipio de Barcelona en cuanto al precepto de la norma que exige no rebasar los sesenta años de edad para poder tomar parte en los concursos de provisión de determinadas plazas.

cada caso el contenido del principio de eficacia debido a la amplitud del mismo. El Tribunal Constitucional se refiere<sup>19</sup> a que el legislador tendrá que decidir cuáles son las normas, medios o instrumentos en los que se puede o se va a concretar la eficacia, pero, en cualquier caso, ésta se impone como un deber jurídico para la Administración y, lo que es más importante, el contenido del principio de eficacia alcanzará a los aspectos relativos a la organización misma de la Administración, incluida la organización de sus medios personales, incluido el estatuto de sus empleados, los empleados públicos.

Así pues, aunque exista diversidad de criterios sobre el valor jurídico del principio de eficacia, acerca de su normatividad o juridicidad, puede reconocerse la existencia de un valor o de un bien jurídicamente protegido, consistente en la realización efectiva de los intereses generales<sup>20</sup>. Se trata de un principio incondicionado, que no precisa de la concurrencia de ningún determinado hecho para que se produzcan sus efectos y, además, se identifica un sujeto: la Administración Pública, cuya actividad resulta concernida por la plena vigencia del principio de eficacia.

Por otra parte, el hecho de que tal principio de eficacia sea recogido por la norma constitucional, significa que debe reconocérsele, consecuentemente, la eficacia jurídica propia de las normas. En nuestro ordenamiento, el constituyente se ha preocupado especialmente por consignar la exigencia de la eficacia de la actuación del poder público en su manifestación administrativa. Esto es, que en lo atinente a la organización y la acción del Estado, se aplicará la regla o principio general de efectuar una interpretación conducente a la mayor efectividad. Ahora bien, existe una cuestión, que, de todas las que se pueden plantear en torno a la efectividad del mencionado principio, resulta de gran importancia: La consecución

---

<sup>19</sup> STC 22/1984, de 17 de febrero, fundamento jurídico 4.

<sup>20</sup> De este modo se puede hablar de la existencia de una "concreta situación jurídica que no es otra que la realización eficaz de los intereses generales o servicios públicos; situación que es así, jurídicamente necesaria." PAREJO ALFONSO, L.; op. cit. pág. 29

de los fines que son propios del Estado Social se encuentra profundamente ligada al principio de eficacia. Sin embargo, los valores y principios que conlleva el Estado de Derecho podrían representar un freno importante a la formulación de determinados itinerarios para la plena realización de la eficacia en la consecución de los fines de un Estado Social<sup>21</sup>. Ello ha actuado desde un principio como contrapeso, hasta el punto de que se puede decir que en un Estado de Derecho, los fines no legitiman los medios, antes bien, los medios de que se dispone para lograr unos fines, se encuentran predeterminados por el contexto público en el que éstos actúan<sup>22</sup>.

Las anteriores consideraciones se van a retomar más adelante al evaluar la mayor o menor conveniencia de adoptar una determinada medida reorganizativa referida a la gestión del personal. Aplicando un concepto de eficiencia, la Administración debe procurar siempre la obtención del resultado pretendido con un mínimo de recursos, pero siempre que dicha regla no se degrade a la condición de ser una máxima de simple ahorro<sup>23</sup>.

### 2.3. El principio de eficacia y su proyección sobre el empleo público

La consecución de una gestión más eficaz del empleo público encuentra serios límites en la necesidad de mantener los parámetros propios del derecho público, lo que influye en el funcionamiento del personal. Así, el incremento de la precariedad del empleado público como consecuencia de la introducción de medidas de flexibilización del régimen de permanencia del personal, podría hacer más competitiva la organización del mismo pero plantea problemas de compatibilidad

---

<sup>21</sup> Como recientemente ha señalado BAUZÁ MARTORELL, *La desadministración pública*, Marcial Pons, 2001, pág.38, : La compatibilidad entre la legalidad y la eficacia consiste hoy por hoy en la mayor enjundia que deben sortear las organizaciones públicas en el ejercicio de sus funciones. (...) Que la Administración actúe bajo el principio de legalidad, se supone; que obtenga el resultado esperado, se le exige; y en esa exigencia se le compara a los agentes privados."

<sup>22</sup> GARCÍA PELAYO, M.; "Las transformaciones del Estado Contemporáneo", *Obras Completas*, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, Vol. II; págs. 1587 a 1758.

con lo que debe ser un estatuto propio del empleo público<sup>24</sup>. En definitiva, habrá que determinar si la actuación de la Administración puede ser efectiva siendo conforme a derecho o, mejor dicho, siendo conforme a las pautas de funcionamiento administrativo regladas por el derecho público. Esta es la máxima que cabría aplicar también en este concreto aspecto relativo al empleo público<sup>25</sup>.

La realización de los intereses generales, fin último de toda la organización administrativa, es la justificación de las peculiaridades presentes en los regímenes del personal al servicio de la Administración Pública. Es peculiar, así pues, la relación que se entabla con el principio de eficacia. La efectiva materialización de éste no puede justificar el desconocimiento de las peculiaridades del estatuto de los empleados públicos precisamente en atención a su condición de personas que prestan un servicio público. Pero, por otro lado, el principio de eficacia sirve de acicate para la procura de la efectiva realización de los fines de la organización administrativa con los medios materiales, en este caso de personal, de los que se dispone. Es necesario ponderar entre las exigencias propias de una organización pública, obligada en esencia a la satisfacción de intereses generales, y la eficiencia de los medios empleados en conseguirlos. Lo que no se podrá hacer en ningún caso es invocar el principio de eficacia para eliminar, o desvirtuar esas peculiaridades del régimen de empleo del personal<sup>26</sup>.

Dejando por un momento a un lado la polémica sobre si la opción del

---

<sup>23</sup> PAREJO ALFONSO, L.; op. cit. *in fine*.

<sup>24</sup> Ciertamente se trataría más bien de cuestiones que se van alejando del concreto ámbito de estudio, pero a pesar de ello es necesario señalarlas pues no resulta conveniente que se deduzca de estas páginas que existe una confrontación entre el estado social y el estado de derecho. De hecho, como muy acertadamente ya ha sido señalado; “la confrontación entre actuación administrativa correcta jurídicamente (atenida y penetrada por el derecho) y actuación administrativa eficaz (atenida exclusivamente al fin) es, en cualquier caso, falsa”. PAREJO ALFONSO, L.; op. cit. pág. 32

<sup>25</sup> Vid. PALOMAR OLMEDA, A.; Introducción a *La planificación de los recursos humanos en el ámbito público*, 1997.

<sup>26</sup> PAREJO ALFONSO, L.; op. cit. pág. 48.



constituyente referida al empleo público fue una opción a favor del modelo funcionarial (STC 11 de junio de 1987), o bien, si la Constitución establece un marco neutro acerca del modelo de empleado público, se puede convenir en que la propia naturaleza de la organización pública condiciona la política de personal, condiciona el contenido del estatuto de sus empleados, sea el que sea, funcionarial o laboral<sup>27</sup>. Ello se percibe en los aspectos relativos a la selección, a la gestión, a la garantía de imparcialidad, incluso al ejercicio de los derechos colectivos. Estos elementos hacen diferente a la organización pública frente a la privada y ello sin entrar, se insiste de nuevo, en el plano funcionarial, ni en su contraposición con el laboral. Tan sólo prestando atención al estatuto que *de facto* poseen quienes prestan servicios en las administraciones públicas se encuentra una clara justificación para las diferencias en sus relaciones de prestación de servicio. La Administración debe servir con objetividad los intereses generales y a ello se endereza también su personal, esto es, las administraciones realizan su actividad con los medios personales de que disponen. Por ello, se entiende perfectamente que “el principio de eficacia administrativa proclamado en el artículo 103.1 del texto fundamental en modo alguno puede entenderse establecido al margen y prescindiendo de estas peculiaridades organizativas, de clara repercusión en el funcionamiento interno y en la actividad *ad extra* de la Administración Pública”<sup>28</sup>.

No obstante, a nuestras administraciones les es exigida hoy en día la plena satisfacción de una serie de necesidades que abarcan un espectro variado. El cambio

---

<sup>27</sup> Un supuesto específico de régimen jurídico para el personal estatutario y la fundamentación del sentido de la resistencia de este colectivo a su “funcionarización”, puede verse en DESDENTADO BONETE, A.; y DESDENTADO DAROCA, E.; “El sistema normativo de la relación de servicios del personal estatutario de las instituciones Sanitarias de la Seguridad Social”, *Personal estatutario de la Seguridad Social*, Manuales de Formación Continuada nº 11, CGPJ, 2000, págs.13 a 95.

<sup>28</sup> PAREJO ALFONSO, L.; op. cit. págs. 46, 47 y 48. A pesar de que me he querido situar en un plano ajeno a las diferentes interpretaciones del art. 103.3 CE, hay que dejar constancia de que el autor es de la opinión de que este art. 103.3 CE contiene una opción a favor del modelo funcionarial y, sobre esta premisa desarrollará luego su argumento sobre las diferencias que este modelo imprime al empleo en la Administración Pública. Es decir que se centra al hablar de empleo público, sólo en el estatuto funcionarial.

tecnológico, la introducción de nuevos patrones de conducta de los ciudadanos como consecuencia de muy diversos factores entre los que juega un papel preeminente la globalización en todos los ámbitos, son elementos que, entre otros, han repercutido claramente sobre las estructuras administrativas de manera que éstas se encuentran en la tesitura de realizar un esfuerzo casi constante de readaptación para poder cumplir adecuadamente el papel que se espera de ellas. Y lo que se espera de ellas es mucho. Aunque se haya planteado con fuerza en los últimos años la atracción de los modelos privados de gestión, se debe reconocer que ello ha sido así sólo con la vista puesta en lograr un funcionamiento más eficaz y eficiente.

Ciertamente, la eficacia como valor absoluto no es predicable respecto del sector público<sup>29</sup>. Se debe atender a los fines y para la consecución de los mismos, en su acción, el poder público administrativo no siempre atiende al criterio de la rentabilidad. Además, se debe tener en cuenta la formidable influencia que, incluso en la selección de objetivos o de fines para las políticas públicas, juega la llamada disponibilidad presupuestaria. Si no se cuenta con los recursos necesarios, no se emprenderán determinadas actuaciones.

Pero la demanda frente a los sistemas públicos, ni ha cesado, ni ha disminuido y nada de lo que hoy se le pide a las administraciones públicas puede hacerse sin una adecuada utilización del personal. Al menos no puede hacerse bien. Por ello, es necesario el planteamiento de los medios que se tienen que poner sobre el camino para lograr este objetivo. Como más adelante se verá con mayor detenimiento, la planificación de las políticas de personal, la valoración de las diferentes necesidades, incluso desde un punto de vista estratégico<sup>30</sup>, tiene indudables repercusiones sobre la eficacia de la administración. Por ello, se ha de examinar

---

<sup>29</sup> PAREJO ALFONSO, L.; op. cit., pág. 48, ha destacado que la eficacia (eficiente) de la administración no es equiparable a la eficacia en las organizaciones privadas, sólo lo será cuando los fines estatales concretos de que se trate sean equiparables o análogos a los propios de los sujetos privados.

<sup>30</sup> Término que puede reputarse acuñado por PALOMAR OLMEDA.

cada uno de los instrumentos que intervienen en la gestión del empleo. Así, de una adecuada clasificación de los puestos de trabajo depende una adecuada selección del personal que haga posible su formación y su perfeccionamiento<sup>31</sup>, sin una adecuada elaboración de las relaciones de puestos de trabajo “no podrá producirse la optimización de un sistema que ha fiado una buena parte de su éxito a dicho instrumento”<sup>32</sup>.

En este sentido, urge que las administraciones, locales, autonómicas o estatales, lleven a efecto en sus respectivos ámbitos de actuación, una planificación de los recursos humanos. Se ha afirmado<sup>33</sup> que la gestión de los recursos humanos de las organizaciones públicas se realiza sin establecer objetivos, sin planificar ni definir áreas de actuación, sin que exista un sistema de recompensa ni de sanción útil en la labor de gestión del personal. Este panorama difícilmente resulta conciliable con la eficacia. Para poder reconocer su existencia se hace preciso un sistema avanzado en la implantación de una política de gestión de los recursos humanos en el ámbito público<sup>34</sup>.

Pero, si en aras de la eficacia no se pueden sacrificar ciertas limitaciones que impregnan el estatuto de los empleados públicos y lo hacen diferente respecto a las relaciones laborales que se entablan en el ámbito privado, habrá que reconocer que,

---

<sup>31</sup> DE LA MORENA, L.; El puesto de trabajo: su concepto y significación dentro de la organización y su valor como instrumento de la reforma administrativa, Documentación Administrativa, nº 85, 1965

<sup>32</sup> DE VICENTE DOMINGO, R.; *El puesto de trabajo en el derecho de la función pública*, 1997, pág. 65.

<sup>33</sup> CASTILLO BLANCO, F.; *Lecciones de Función Pública*, CEMCI, 2003, Cap. I: “Reflexiones en torno a la construcción de un nuevo sistema de empleo público”, pág. 35. Este autor señala que se actúa en esta materia con una lógica incrementalista, con una utilización de la formación en que sólo se tienen en cuenta los intereses de desarrollo personal de los miembros de la organización...etc.

<sup>34</sup> Así se hace referencia a cuatro factores esenciales de toda política de esta clase: Apoderamiento de las personas, identificación y despliegue de políticas, información y comunicación de los objetivos de la organización y desarrollo del conocimiento y las competencias de la organización utilizando la formación como elemento clave para ello. Vid. las referencias bibliográficas citadas por CASTILLO BLANCO, F.; *Lecciones de Función Pública*, CEMCI, 2003, Cap. I : “Reflexiones en torno..... op. cit. pág. 35.

todos y cada uno de los instrumentos empleados para la racionalización y agilización de la gestión de los recursos en el ámbito público, como vamos a ver, se insertan dentro de una lógica especial. Así que, si persiguiendo la eficacia, se incrementa la contratación laboral por lo que ésta pueda aportar de flexibilidad, su introducción en este ámbito no va a estar exenta de modalizaciones o peculiaridades, y se tratará de modalizaciones que incluso podrían justificarse en atención al mismo principio de eficacia aplicado al empleo público.

En atención a la consecución de la eficacia se ha pretendido mejorar la gestión de los recursos mediante la incorporación de técnicas “extrañas” a los planteamientos iuspublicistas, pero se va a ver cómo en este plano se aprecian diferencias de planificación sustanciales con respecto al sector privado<sup>35</sup>. A nuestras administraciones les es exigido hoy un esfuerzo por dar plena satisfacción a una larga serie de necesidades o de servicios<sup>36</sup>. Para su adecuada (eficaz) atención se han propuesto fórmulas de gestión indirecta de servicios públicos en procesos también llamados de privatización. Pero en este punto no debe confundirse el concepto de eficacia con el de rentabilidad.

#### **2.4. Otro significado de la eficacia en la gestión del personal**

La eficacia supone la realización efectiva de unos objetivos prefijados. Como se viene diciendo, ésta se halla presente, como patrón de conducta para la actuación administrativa desde el mismo texto constitucional<sup>37</sup>. Sin embargo, queda por ver

---

<sup>35</sup> Los procedimientos de elaboración de las Relaciones de puestos de Trabajo, las dificultades en el propio contenido de los planes de empleo, la política presupuestaria, una vez más, como factor condicionante de casi todo el proceso.

<sup>36</sup> Con el Estado Social, el Estado asume la dirección del conjunto del sistema económico y social con la finalidad de garantizar el bienestar de toda la población. De ahí la creciente importancia de la generación de una larga serie de servicios y prestaciones sociales que era necesario gestionar de una manera rápida. Pero a este respecto, se ha observado que “el Estado de bienestar no sólo se ve afectado por una crisis de financiación, sino también por una crisis de eficacia y legitimidad”, vid. DESDENTADO DAROCA, E.; *La crisis de identidad del derecho administrativo: privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*, Tirant lo Blanch, 1999, págs. 72 y ss.

<sup>37</sup> Acerca del concepto de eficacia existe un cuerpo numeroso de trabajos que efectúan un

cuál debería ser la medida de la eficacia en la Administración Pública. Desde el momento en que en el marco público resultan atendibles criterios no necesariamente relacionados con el beneficio meramente económico, no puede ser equiparada al criterio del máximo beneficio. La eficacia tiene otros significados.

El concepto de eficacia se encuentra en un proceso de readaptación en su plena efectividad en lo que se refiere al Estado, enfrentado como se encuentra a nuevos retos provenientes de una sociedad, que no sólo demanda de éste el efectivo ejercicio de autoridad sobre los ciudadanos, de una sociedad a la que no le basta una legitimación lograda a partir del origen democrático de su poder<sup>38</sup>, sino también la consecución de resultados, esto es, eficacia en la resolución de los problemas sociales<sup>39</sup>. Dentro de las propuestas ensayadas para responder a esta exigencia, estamos asistiendo a una continua erosión de los sistemas públicos de gestión, de los que se critica su excesiva rigidez, su lentitud y, a la postre, su ineficacia, en beneficio de concepciones que ensalzan los sistemas privados como sistemas capaces de responder con rapidez a las demandas cambiantes de una sociedad fuertemente condicionada por la economía.

En parte, ha sido la búsqueda de una eficacia así entendida la que ha impulsado la contratación laboral en las administraciones públicas y la aparición de mecanismos de gestión propios de las organizaciones privadas. Se ha valorado como una ventaja indudable el uso flexible de los recursos humanos a través de la

---

tratamiento más detenido sobre diferentes aspectos que éste tiene, por ejemplo, como concepto jurídico puede verse, PAREJO ALFONSO, L.; "La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública", en *Documentación Administrativa* nº 218-219, 1989, págs. 19 y 20. Del mismo autor, vid. también, *Eficacia y Administración. Tres estudios*, MAP, 1995.

<sup>38</sup> "La legitimidad de la acción de los poderes públicos se basa hoy más en su capacidad de dar respuesta a las demandas de los sectores implicados en sus ámbitos de actuación que en su teórica legitimidad ideológica o constitucional." SUBIRATS, J. *Análisis de políticas públicas y eficacia de la Administración*, MAP, 1989, pág. 10.

<sup>39</sup> PAREJO ALFONSO, L.; "La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública", en *Documentación Administrativa*, nº 218-219, 1989, pág. 16.

contratación laboral temporal<sup>40</sup>, o el empleo de mecanismos de subcontratación y resto de medidas propias de la descentralización productiva. Pero ello también está planteando serios inconvenientes. Una irreflexiva inserción de este tipo de medidas, ayuna, por otra parte, de una concepción global sobre el modelo de empleo público que se persigue, está sometiendo al sistema normativo regulador de las relaciones productivas en el empleo público a una excesiva tensión que se desprende de los intentos por hacer compatibles dos ordenamientos jurídicos que responden a lógicas dispares.

Así pues, se trataría de buscar una lógica interna que, presidida por este concepto de eficacia, suministre una plantilla útil sobre la cual poder cohesionar las fuerzas de tendencia actualmente presentes en las organizaciones públicas. El criterio del mayor beneficio económico no es, ni debe ser el único criterio atendible en el funcionamiento de una organización pública, debe rescatarse, y pasar a ocupar un lugar junto al mismo, el criterio del beneficio social. Así, la atención del interés público que se halla presente en esta esfera, en ocasiones, puede aconsejar el mantenimiento de servicios públicos que aún carentes de rentabilidad económica, siendo incluso servicios deficitarios, deben ser prestados a la sociedad<sup>41</sup>. A estos efectos, el ya mencionado voto particular de la STC 75/1983, de 3 de agosto, reconocía que, aunque la eficacia de la administración es un bien constitucionalmente protegido por el art. 103.1 CE, tal principio es de rango inferior

---

<sup>40</sup> Sin duda la posibilidad de celebrar contratos temporales ha representado para las AAPP una posibilidad de flexibilizar el régimen de incorporación del personal al empleo público profusamente utilizada por ella.

<sup>41</sup> Es cuestión de preguntarse acerca de cuáles serán las mejores vías para que la Administración desempeñe adecuadamente su función de "mecanismo constitucional para la realización efectiva, es decir, eficaz, de los intereses públicos en que se concreta históricamente el Estado social y democrático de Derecho constituido", PAREJO ALFONSO, L.; *Eficacia y Administración*, MAP, 1995, págs. 15 y 16. En este sentido, vid. también BAUZÁ MARTORELL, F. J.; *La desadministración pública*, Marcial Pons, 2001, pág. 43, que observa la diferente perspectiva que tiene la eficacia según se proyecte sobre la empresa privada o sobre la Administración Pública. Por ejemplo, en la primera, se persiguen unos objetivos (eficacia) al menor coste (eficiencia), mientras que en la Administración la eficacia "puede operar en detrimento de la segunda al considerar un servicio público esencial para la comunidad que no resulte rentable. No será más eficaz la Administración educativa o a la sanitaria por suprimir sus centro en poblaciones dispersas al no resultar rentables."

a la igualdad que no es sólo un derecho individual de los españoles protegible en amparo, sino un principio al que está sometido el legislador. La igualdad es incluso un “valor superior” del ordenamiento ante el cual deben ceder otros de rango inferior.

Siendo realistas, nada de esto se puede hacer satisfactoriamente sin un adecuado funcionamiento del personal. Cuánto más adecuado sea el mismo, más próximo se estará del cumplimiento de estos fines. Así pues, no es cuestión baladí cómo funcionen estos órganos y en este propósito es en el que se han ensayado todas las fórmulas antes mencionadas encaminadas a la agilización de los procesos y a la satisfacción de las actuaciones<sup>42</sup>. Puede decirse que el propio contenido del principio de eficacia, desde el texto constitucional “alcanza, en todo caso, a la organización misma de la Administración, incluida la de sus medios personales, es decir, el estatuto de los empleados públicos”<sup>43</sup>. La cuestión es evaluar hasta qué punto el ensayo de estas técnicas importadas del derecho privado<sup>44</sup>, del derecho del

---

<sup>42</sup> Desde luego, hablar de fines de la Administración, así, en grueso, quizá no resulte excesivamente descriptivo, porque por Administración podemos entender una gran pluralidad de sujetos. Así, no resulta igual referirnos a los objetivos de la administración local, que a los de un determinado departamento ministerial, entre todos ellos habrá que diferenciar objetivos diferentes, y la eficacia de cada uno habrá que evaluarla en función de esos diferentes objetivos. Ahora que, en lo concerniente al proceso seguido para dar alcance a sus respectivos objetivos, esto es, para ser eficaces, lo que sí debe resultar exigible a cualquier Administración Pública es la eficiencia en el logro de estos.

<sup>43</sup> PAREJO ALFONSO, L.; “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública”, en *Documentación Administrativa*, nº 218-219, 1989, pág. 24.

<sup>44</sup> En este sentido, ello resultaría coherente con determinadas teorías propias de la economía del bienestar desde las que se postula un principio de división de funciones entre diferentes sectores del derecho, según el cual, el derecho privado debería estar guiado exclusivamente por el principio de eficiencia porque es funcionalmente apto para promoverla y no para promover la justicia distributiva. Vid. BAYÓN, J. C.; “Justicia y eficiencia”, en AAVV *Estado, Justicia y Derechos*, (Elías Díaz y José Luis Colomer, eds.) Alianza Editorial, 2002, pág. 266. Esta es la idea, a mi juicio, que late detrás de las tendencias que buscan en los elementos iusprivatistas modelos trasladables al ámbito público como medios para mejorar la eficiencia en este ámbito. Sin embargo, como también se pone de manifiesto en las páginas antes citadas, también en el ámbito del derecho privado se pueden observar intercambios en los que no prima sólo la idea de eficiencia. En definitiva, el principio de eficiencia puede servir, según esta tesis mencionada, como un criterio orientador matizado desde la equidad o justicia distributiva. “De ese modo, aunque el papel del principio de eficiencia como orientador de la producción del derecho será bastante más modesto, también será sin duda mucho más justificable.” Op. cit. pág. 268. También puede verse del mismo autor, en *Doxa* nº 15-16, 1994, págs. 971-991: “Eficiencia e inalienabilidad”, donde,

trabajo, es satisfactorio o no en orden al cumplimiento de sus objetivos. La cuestión es que la eficacia plantea retos a la organización del empleo público y se trata de ver cómo se abordan dichos retos<sup>45</sup>.

Puede resultar paradójico, pero es muy acertada la reflexión<sup>46</sup>, según la cual, “la empresa privada y el funcionamiento del mercado imponen unas mayores restricciones a la satisfacción de los intereses particulares de los empleados. En la empresa privada, los que se benefician de los resultados de la empresa tienen un claro interés en controlar eficazmente la actuación de los trabajadores; en la burocracia, los superiores jerárquicos no tienen ningún incentivo económico para vigilar cuidadosamente la actividad de los empleados.” La llamativa conclusión a la que se llega es que “la propia estructura y organización del gobierno llevan a éste, en numerosas ocasiones, a separarse de la eficiencia y de los fines distributivos que persigue.” Y lo que a nuestros efectos puede resultar de sumo interés: “Las características organizativas de la Administración no son por tanto, adecuadas para evitar que se produzcan ineficiencias”.

### 3. EXPRESIONES DE LA BÚSQUEDA DE EFICACIA EN EL EMPLEO PÚBLICO

El esquema tradicional de la Administración, sometida al derecho público a través de órganos administrativos concebidos siguiendo el rígido modelo francés de función pública cerrada, puede resultar hoy insuficiente para abarcar la totalidad del

---

según sus propias palabras, trata de mostrar “cómo las pretensiones del principio de eficiencia en cuanto conformador del derecho contractual, deben limitarse en atención a las exigencias de la justicia conmutativa.”

<sup>45</sup> Desde la Administración se persigue un resultado concreto en términos, si no de rentabilidad, sí al menos de eficiencia, menor coste posible, hasta alcanzar la prohibición de generar prestaciones deficitarias por imperativo del Mercado Único Europeo. Vid. BAUZÁ MARTORELL, F.J.; *La desadministración pública*, Marcial Pons, 2001, pág. 41.

<sup>46</sup> DESDENTADO DAROCA, E.; op. cit. pág. 78. Vid. la cita que aquí se contiene de BUCHANAN, J.M.; “The Achievement and the Limits of Public Choice in Diagnosing Government Failure and in Offering Bases for Constructive Reform” en HANUSCH, H.; (ed.); *Anatomy of Government Deficiencies*, Springer-Verlag, Berlín, Heidelberg, New York, Tokyo, 1983, pág. 16.



funcionamiento administrativo y la gestión de los servicios públicos.

La necesidad de dar respuesta a las demandas de la sociedad de nuestros días explica los cambios y transformaciones a los que se está viendo sometida la Administración Pública. El peso de las tendencias privatizadoras, en buena parte como resultado de la creciente influencia de la competencia con el sector privado, propia de las sociedades modernas, reclama una mayor flexibilidad en la gestión, tanto de los servicios, como del personal responsable de los mismos. En esta línea se deja ver la creciente importación de técnicas de gestión privadas, “management”, en la gerencia pública, con la consiguiente transformación en las formas de actuación de la Administración<sup>47</sup>.

Este escenario permite comprender mejor la enorme complejidad que hoy encierra el panorama laboral del sector público. Porque en cualquier caso el peso específico de lo público, muy a pesar de las actuales reflexiones que replantean el volumen o la incidencia que éste deba tener en la sociedad actual, continúa teniendo una considerable importancia y un ejemplo puede ser el papel crucial que el empleo público tiene en la política de lucha contra el desempleo.

Junto a este primer nivel que podríamos llamar, *cualitativo*, la trascendencia que en el momento presente tiene el empleo público se cifra en una cuestión también *cuantitativa*. En efecto, no es decir nada el reconocer que la Administración Pública actual se encuentra aquejada de algunos graves problemas y el primero de ellos es que nuestra función pública está descompensada en materia de efectivos. Fundamentalmente en los niveles inferiores existe una sobreabundancia de personal que sin embargo contrasta con los niveles superiores en donde el empleo público ofrece modestas expectativas profesionales. Por otra parte, cada vez es más creciente el número de los que consideran que el mantenimiento de la dualidad de

---

<sup>47</sup> PALOMAR OLMEDA, A. *Planificación de los recursos humanos en el ámbito público*, Madrid, 1997; pág.4 y ss.

regímenes jurídicos del personal, estatutario y laboral, carece de justificación y es una fuente de constante conflicto por los problemas de gestión y los agravios comparativos a los que puede dar lugar<sup>48</sup>. Esto se hace todavía más patente si se tiene presente que, en muchos casos, se prestan idénticas funciones por unos (funcionarios), y otros (trabajadores).

En cualquier caso, parece claro que el conjunto de relaciones que conforma el entramado de personal al servicio de la Administración Pública se halla muy vinculado a la idea misma de las finalidades del Estado<sup>49</sup>; encontrándose el personal que forma parte de la organización, afectado por la idea de Estado Social y Democrático de Derecho. En principio, esto mismo justifica que el personal de la Administración este sometido a un estatuto diferenciado. Así se debería entender la opción general adoptada por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 11 de junio de 1987, que comprende la opción general por un sistema profesional de Función Pública que, eventualmente, puede ser compatible con otros sistemas de vinculación a la Administración de modo excepcional.<sup>50</sup> Pero al margen de ello, la cuestión estriba en observar atentamente la realidad del mismo y procurar su satisfactoria adecuación al escenario en el que debe ser aplicado<sup>51</sup>.

Todo lo anterior permite encuadrar esta cuestión entre los retos actuales del derecho del trabajo aún cuando la existencia de relaciones laborales dentro de la Administración Pública no constituya a estas alturas ninguna novedad. Porque aunque no represente un dato novedoso su aparición en escena, sí continúa hoy significando un reto la problemática aplicación de la norma laboral. Son

---

<sup>48</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, 1997, pág.53.

<sup>49</sup> MONTORO CHINER, M.J. "Para la reforma del Empleo Público: Nueve proposiciones", en *Revista de Administración Pública*, nº 136, enero-abril 1995, pág.179.

<sup>50</sup> STC 99/1987 de 11 de junio de 1987, FJ 3.

<sup>51</sup> En cualquier caso, es claro que una revisión en clave constitucional del modelo tradicional de empleo público ha de partir de la idea de que los valores constitucionales en relación con el trabajo han de aplicarse, en principio, indistintamente tanto a los trabajadores privados como al personal funcionarial. M. RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER en, "Trabajo privado y trabajo público", *Relaciones Laborales* I/1989, pág. 44.

innumerables las cuestiones sin resolver; la convivencia de distintos regímenes jurídicos al servicio de un mismo sujeto empleador, los problemas de “trasvase” de instituciones de una clase de personal a otro<sup>52</sup>, la siempre pendiente equiparación en materia de derechos colectivos, y aún más recientemente, el intento de consensuar un estatuto básico para la función pública.

En todo este conjunto de elementos interdependientes, converge además un estado de opinión profundamente extendido y desde el se que cuestiona la conveniencia de continuar utilizando el derecho público como herramienta de actuación en el ámbito administrativo. Ello ha impulsado complejos procesos de traslación hacia la esfera del derecho privado no sólo de la gestión de determinadas políticas públicas sino en ocasiones, abiertamente, la propia titularidad de ciertos servicios. Con todo, estos derroteros no se han seguido contando con la unanimidad de la doctrina. Son cualitativa y cuantitativamente importantes las voces que se alzan<sup>53</sup> en un esfuerzo por contrarrestar y corregir un rumbo que conduce al descrédito de las instituciones públicas<sup>54</sup>.

Se puede coincidir en el diagnóstico que aconseja la realización de un esfuerzo de adaptación de la estructura administrativa al nuevo contexto en el que se desenvuelven las administraciones públicas<sup>55</sup>. Ello pasará, qué duda cabe, por una reconsideración del estatuto del personal al servicio de las organizaciones llamadas

---

<sup>52</sup> En este sentido, si bien haciendo referencia a la situación italiana, M. D'ANTONA reflexionaba acerca de la liberación que se había producido en el orden normativo del trabajo público de los factores diferenciadores propios de la naturaleza pública de la empleadora; pero lo más interesante, que a nuestros efectos puede resultar parangonable con la experiencia española, es que el mismo autor estima que con ello se habría producido “una hibridación de la disciplina pública por injerto de institutos privados y no un derecho común del trabajo”. Vid. *Lavoro privato o Lavoro pubblico. È ancora attuale la distinzione?*, Napoli, 1989, pág 39-41.

<sup>53</sup> PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo. Organización y Empleo Público*, Marcial Pons, 5ª ed., 1991, págs. 383 y 384.

<sup>54</sup> En este sentido se ha hablado de la continua erosión a la que está siendo sometido lo público que se identifica con deficitario, rígido, burocrático e ineficaz. Lo han puesto de manifiesto autores como PAREJO ALFONSO, PALOMAR OLMEDA, CASTILLO BLANCO, SÁNCHEZ MORÓN.

<sup>55</sup> BAUZÁ MARTORELL, F.J.; *La desadministración pública*, Marcial Pons, 2001, pág. 39.

a protagonizar este cambio y en este proceso la norma laboral es una indispensable referencia. No obstante, hasta el momento presente no ha existido un modelo con pretensión de comprender en sí todas las posibles manifestaciones de unas prestaciones de servicios que tienen en común el hecho de dirigirse a una organización pública. Se repite hasta la saciedad pero no termina de dársele la importancia que a mi juicio merece. La Administración Pública no puede comportarse en materia de personal como una empresa privada, no puede atender, como criterios de medición de la eficacia de sus actuaciones, exclusivamente a parámetros de corte economicista, no debe olvidar cuál es su raíz última y el sentido de su papel, constitucionalmente atribuido. El sistema regulador del régimen jurídico del personal se encuentra fuertemente conectado a todo este discurrir.

Resulta sobradamente conocido que una de las consecuencias más llamativas que la LMRFP trajo consigo fue la intensificación de la presencia del personal laboral en el seno de la Administración Pública. A medida que dicha realidad ha ido materializándose, comienza a ser aplicado a las administraciones el término laboralización. No obstante, el término “laboralización” es expresivo de distintos significados<sup>56</sup>; en una primera aproximación, ha servido para hacer referencia al incremento del número de trabajadores que prestan sus servicios bajo un régimen jurídico laboral. Pero, se puede decir que los procesos de laboralización van más allá de la opción por el vínculo a través del cual se incorporan a las administraciones públicas las personas a su servicio<sup>57</sup>, esto es, laboralización puede aludir a algo más que al aumento de personal contratado laboral en la Administración. Así se comprueba si se presta atención al mismo sistema estructurador de la función pública y se observa cómo en su régimen jurídico se percibe también la tendencia a

---

<sup>56</sup> Así lo pusieron de manifiesto en su momento; IZQUIERDO HERNÁNDEZ, F.J. y MOLINA GARCÍA, M.; *La laboralización de los funcionarios públicos*, Tirant lo Blanch, 1998, pág. 19: “El término laboralización (.....), es un término plurívoco, pues con él se designa tres realidades, aunque íntimamente relacionadas, en esencia diferentes..”

<sup>57</sup> RIVERO LAMAS, J; “El proceso de laboralización de la función pública: Aspectos críticos y límites”, *Revista Aragonesa de Administración Pública* nº 6-7, 1995, págs. 79 a 133.

emular, o al menos, aproximarse a las instituciones laborales<sup>58</sup>. Y no sólo en cuanto a la posible importación de instrumentos de organización y defensa colectiva como pueden ser el reconocimiento del derecho de libertad sindical, de representación y participación en la determinación de las condiciones laborales, o la adopción de medidas de conflicto, también se deja ver en la aparición de figuras genuinamente laborales como los procesos de reestructuración y reordenación de los planes de empleo, que suponen la introducción de medidas planificadoras y racionalizadoras en la gestión de los recursos humanos, la movilidad geográfica y funcional, la potenciación de la productividad en los sistemas retributivos, entre otras<sup>59</sup>. En tercer lugar, el término laboralización hace referencia al cambio de régimen jurídico regulador de la relación entre la Administración o sus entes instrumentales y los funcionarios públicos que prestaban servicios en las parcelas objetivamente laboralizadas.<sup>60</sup> A continuación, se analizarán estos tres aspectos por separado.

### 3.1. El recurso a la contratación de personal laboral

La presencia de personal diferente al funcionario, de conformidad con lo visto en el recorrido histórico efectuado a través de las manifestaciones reguladoras del régimen de los empleados públicos, ha sido constante. Hasta el punto que se puede decir que su evolución corre en paralelo. Este “otro” personal, no ha gozado de un régimen de perfiles claros, incluso ha permanecido en la nebulosa de la falta de atención del legislador, pero ha estado ahí hasta que en la Ley de Funcionarios

---

<sup>58</sup> En términos generales este proceso se conoce como “laboralización de los funcionarios”. Vid. PÉREZ MARTÍNEZ, V.; “El personal laboral al servicio de la Administración y la laboralización de la Función Pública” en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* nº 234, 1987, año XLVI, págs 255 a 287.

<sup>59</sup> DEL SAZ, S.; “La laboralización de la Función Pública: del contrato laboral para trabajos manuales al contrato de Alta Dirección” en *Documentación Administrativa (especial sobre Función Pública y Laboralización)*, nº 243, 1995, esta autora es tajante en su enjuiciamiento de la Ley 30/84 a la que atribuye el efecto de haber desvirtuado los elementos propios de un sistema cerrado de función pública para despublificar el régimen de los funcionarios públicos, pág. 137.

<sup>60</sup> IZQUIERDO HERNÁNDEZ, J. y MOLINA GARCÍA, M; *La laboralización de los funcionarios públicos*, Tirant lo Blanch, 1996, pág. 24.

Civiles del Estado, por vez primera para un texto referido a la Administración General del Estado, se menciona expresamente la presencia de personal contratado laboral junto a los funcionarios públicos. A partir de ese momento se ha consolidado, ha ido aumentando y ha planteado verdaderos problemas de delimitación.

### 3.1.1 *La dualidad de regímenes jurídicos y sus problemas*

La doctrina ha ido adoptando diferentes posiciones en torno a este particular, que van desde las posiciones más tajantes que entienden la inconstitucionalidad de la presencia de los contratados laborales en la Administración Pública<sup>61</sup>, hasta la posición de aquéllos que admiten la presencia del personal laboral<sup>62</sup> y mantienen la teoría de la neutralidad de la constitución respecto a este particular, expresando la reserva de ley estatal únicamente para las bases de un estatuto y para la regulación del acceso a los cargos y funciones públicas. En un punto intermedio se hallan los que sostienen que, a pesar de que la regla general contenida en nuestro texto sea la del desempeño de los puestos de trabajo en la Administración por funcionarios públicos, los contratos laborales tienen también cabida en ella.<sup>63</sup> El Tribunal Constitucional ha avalado esta tesis en la STC 99/87<sup>64</sup>.

No obstante, la objeción más seria a la que tiene que hacer frente esta última posición es relativa a la delimitación de tareas que pueden ser desempeñadas por

---

<sup>61</sup> PARADA VÁZQUEZ, R.; *Derecho Administrativo II. Organización y Empleo público*, 8ªed., Madrid, 1994, en la misma línea, vid. DEL SAZ, S; *Contrato laboral y Función Pública*, Marcial Pons, 1995, págs.67 y ss.

<sup>62</sup> SALA FRANCO, T.; *Incidencia de la legislación laboral en el marco de la Función Pública*, MAP, 1989.

<sup>63</sup> GARRIDO FALLA, F; *Comentarios a la Constitución*, 1ª ed., 1980; LÓPEZ GANDÍA, J.; "Las relaciones colectivas en el empleo público y la Constitución española", *Revista de Derecho Público*, segunda época, año 7º, vol. II.; ENTRENA CUESTA, "El régimen estatutario de los funcionarios públicos como postulado constitucional", *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. III. En la misma línea: GLEZ.-HABA GUIASADO, PÉREZ MARTÍNEZ..

<sup>64</sup> Al respecto, se debe hacer remisión a lo analizado sobre este particular en el Capítulo 1º de

uno u otro colectivo. Hasta el momento, las diferentes propuestas de distribución de funciones entre funcionarios y laborales no han dejado de presentar graves inconvenientes. Así, por ejemplo, admitir la aplicación del derecho del trabajo para aquellos puestos cuyas funciones exigen una alta especialización, conduciría a la supresión de los cuerpos especiales de funcionarios. Por otra parte, pretender limitar el régimen funcionarial a puestos que conllevan el ejercicio de prerrogativas del poder público, también presenta problemas como el riesgo de conducir a un “aristocratismo funcionarial”<sup>65</sup>. Ello, en todo caso es indicativo de la enorme dificultad que entraña la pretensión de separar las funciones públicas en sentido estricto, de aquéllas que no lo son. Muy posiblemente, habría que admitir que todas las funciones se encuentran orientadas comúnmente a un mismo fin de servicio público.

Este afán de distinción no es nuevo en la doctrina, ni resulta fácil situar el momento exacto en el que se comenzó a reflexionar sobre la conveniencia de que ambas clases de regímenes convivan al servicio de la misma organización empleadora. Desde luego, con la entrada en vigor de la LMRFP este debate sólo se verá reavivado. Tradicionalmente se ha destacado que en principio, el fundamento de la distinción entre funcionarios y trabajadores no tiene que ver con la naturaleza de la relación: De hecho, la relación funcionarial posee similitudes con la relación laboral. Para llegar a esta conclusión, sólo es necesario ir comparando, una a una, las características que legalmente perfilan el contrato de trabajo<sup>66</sup> y sin dificultad se puede concluir que las mismas resultan igual de aplicables sobre la relación funcionarial<sup>67</sup>. Así, en esta línea, es también clásica la aseveración de que “el

---

este trabajo.

<sup>65</sup> DEL SAZ, S; “La laboralización de la Función Pública: del contrato laboral para trabajos manuales al contrato de Alta Dirección”, en *Documentación Administrativa (número especial sobre Función Pública y Laboralización)*, nº 243, 1995, pág. 150.

<sup>66</sup> ALONSO OLEA, M.; “Los límites de la aplicación del derecho del trabajo al personal de las administraciones públicas”, *Libro Homenaje al profesor Villar Palasí*, Cívitas, 1988, págs.49 a 61.

<sup>67</sup> Tradicionalmente ha sido puesto de manifiesto que, dentro de las exclusiones contenidas en el art. 1.3 ET, la que se refiere a los funcionarios públicos y personal asimilado es una exclusión

régimen administrativo y el régimen laboral son técnicas de organización” para configurar la relación jurídica de la Administración con el personal a su servicio<sup>68</sup>.

De este modo, el establecimiento de diferencias entre unos y otros se desplaza hacia un núcleo de observación diferente, pues si en la mayoría de los supuestos apenas se pueden ver distinciones en torno a la presencia de las cuatro características básicas que rodean las prestaciones de servicios, debe haber entonces algún otro fundamento en apoyo de la dualidad de regímenes. ¿Qué rasgos acompañan a las relaciones funcionariales que no se pueden apreciar en las laborales? Podría ser el de la estabilidad o la permanencia. Ha habido ocasión en el capítulo anterior de ver cómo se abría paso en la historia del empleo público el otorgamiento al personal de un status de seguridad en sus funciones, de una inamovilidad que se iba construyendo en respuesta a las tentaciones de influencia partidista de control sobre los empleos públicos. Esta permanencia de los empleados públicos en un primer momento, aquel próximo a su origen, se identificaba con los funcionarios públicos y tradicionalmente era vista como un rasgo exclusivo de este colectivo, no sin ciertos celos y deseos de imitación desde otros ámbitos. Bien es verdad, que paulatinamente, la estabilidad en el empleo ha llegado a ser un elemento propio de una buena parte de los empleados públicos y sobre ello volveremos más adelante<sup>69</sup>.

El segundo elemento relevante que en este punto cabría mencionar es la

---

constitutiva, porque, teniendo todos los elementos característicos de una relación laboral, sin embargo se encuentra extramuros de este cuerpo jurídico por expresa decisión del legislador en coherencia con el texto constitucional. A este respecto, véase, DE LA VILLA GIL, L.E. y PALOMEQUE LÓPEZ, C.; *Introducción a la economía del Trabajo*, vol. I, pág. 515, que se refieren a la exclusión de los funcionarios públicos (art. 1.3 a) ET) como a una exclusión “expresa, plena, constitutiva y real”.

<sup>68</sup> Dictamen del Consejo de Estado, de 14 de diciembre de 1960.

<sup>69</sup> Desde luego, en el ámbito laboral, la estabilidad se ha reconocido como un principio. Vid. DE LA VILLA GIL, L.E. y PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.; *Introducción a la Economía del Trabajo*, vol. I, págs. 767 Y 768. Esta construcción doctrinal ha sido posteriormente recogida por, LÓPEZ CUMBRE, L.; “El principio de estabilidad en el empleo” en, AAVV: *Los principios del Derecho del Trabajo* (L.E. DE LA VILLA y L. LÓPEZ CUMBRE, dirs.), págs. 287 a 337.



posibilidad de una carrera profesional en el ámbito de la prestación de servicios funcionariales. La Administración Pública garantiza a sus funcionarios no sólo un puesto de trabajo permanente sino un puesto en el que progresivamente se asciende en la responsabilidad de las tareas desempeñadas y consecuentemente, en las retribuciones y otros beneficios relacionados con el puesto ocupado. Pero tal vez el dato que ha de ser tenido en cuenta con más intensidad es el del contenido de las funciones que un funcionario público desempeña. Qué deba entenderse por función pública, o por funciones públicas, es algo que a los efectos de justificar la separación de regímenes ha tenido, y seguramente tiene, una importancia decisiva. Porque, efectivamente, tanto la permanencia como la carrera se pueden identificar en el colectivo de los contratados laborales que prestan sus servicios para la Administración. De igual modo sucede con el imperativo respeto a los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público que resultan plenamente operativos no sólo en la selección de todo el personal sino también en el desarrollo de una carrera de los empleados<sup>70</sup>.

---

<sup>70</sup> Acerca de esta cuestión, se ha señalado críticamente la conveniencia de reflexionar sobre la función social que justifica la imposición de un sistema de mérito en el empleo público. Vid. PRATS i CATALÁ, J.; “Los fundamentos institucionales del sistema de mérito: la obligada distinción entre función pública y empleo público” en *Documentación Administrativa* nº 241 y 242, 1995, pág. 29 y ss. Las reflexiones que efectúa este autor con ocasión de la cuestión mencionada son interesantes porque él

defiende la necesidad de acotar al estricto ámbito de las funciones públicas, la aplicación de ciertos principios que se han hecho extensivos a la entera realidad del empleo público. En esta línea menciona, no sólo el sistema de mérito, sino también el sistema de incompatibilidades. Así, la diferencia entre empleo público y función pública permite la restricción del ámbito de aplicación de principios como los mencionados lo cual resulta en su opinión, más razonable. Otra cuestión que quiero destacar del razonamiento de este autor es que él señala que la doctrina dictada por la STC 99/1987 ha contribuido a crear este estado de confusión al ir más allá de la mera declaración de inconstitucionalidad de la potestad reglamentaria para decidir qué puestos quedaban reservados a funcionarios. Efectivamente, es probable que el Tribunal Constitucional no quisiera adentrarse demasiado en este espinoso asunto y por ello se explica la vaguedad con la que hace alguna referencia al tema, pero a pesar de esta reserva no deja de pronunciarse al hacer referencia a una supuesta “opción genérica de la Constitución a favor de un régimen estatutario para los servidores públicos”. PRATS i CATALÁ sostiene que la CE “se ha limitado a garantizar institucionalmente el régimen estatutario y para censurar la inconstitucionalidad de una deslegalización (...) no era necesario hacer un pronunciamiento” como el que se ha señalado. Sin duda hubiera resultado mucho más útil que se facilitaran criterios precisos para “llevar a cabo la delimitación de las posiciones funcionariales y laborales”, pág. 30.

Son las funciones de autoridad, las funciones públicas tradicionalmente reservadas a los funcionarios públicos, las que constituyen la justificación más potente a favor de la existencia de la dualidad<sup>71</sup>. En esta línea quiso ir quizá el Tribunal Constitucional cuando, como se sabe, declaró inconstitucional la posibilidad que el antiguo art. 15 de la LMRFP otorgaba al gobierno, para determinar los puestos que quedaban reservados a funcionarios. En efecto, a raíz de la STC 99/1987, en un modificado art. 15.1c) de la Ley de Medidas parecen los supuestos tasados en los que es posible la contratación de trabajadores, aunque otra cosa será que los supuestos reflejados legalmente, lo estén en unos términos tan absolutamente laxos que permitan realizar “una interpretación muy flexible e incluso posibilista” del texto legal<sup>72</sup>. Del mismo modo, es posible establecer conexiones con la doctrina elaborada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuya elaboración de un concepto comunitario sobre empleo en la Administración Pública puede abrir vías interpretativas en el derecho interno en torno a estos aspectos.

### *3.1.2 La utilidad del concepto comunitario de “empleo en la Administración Pública” para la solución de los problemas derivados de la dualidad en el empleo público*

La libertad de circulación de los trabajadores asalariados prevista en el artículo 39 del Tratado CE supone “la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo”. La efectiva aplicación de este principio es una de las claves de la integración europea en línea de

---

<sup>71</sup> Por ejemplo puede verse lo que ALONSO OLEA, M., escribía en referencia a las características dominantes en la relación funcionarial: “Posiblemente un cierto status propio del funcionario, del poderoso o del que el poderoso puede tener acceso fácil, (es que éste aparece) como titular del poder o, al menos, como persona en los aledaños del poder mismo y participante por delegación o reflejo de los poderes públicos.” en; “Los límites de la aplicación del derecho del trabajo al personal de las administraciones públicas”, *Libro Homenaje al profesor Villar Palasí*, Cívitas, 1988, pág. 54.

<sup>72</sup> BAUZÁ MARTORELL, F. J. *La desadministración pública*, Marcial Pons, 2001, pág. 64

conseguir, no sólo, la coordinación en lo económico, sino la gradual construcción de un sistema político y social unitario. Semejante objetivo plantea, entre otras, la necesidad de progresar en la armonización de las diferentes legislaciones internas de los Estados, en particular las regulaciones del mercado de trabajo<sup>73</sup> de los Estados miembros.

Prueba de la importancia de este principio es que los artículos dedicados a la libertad de circulación están ubicados dentro de la segunda parte del Tratado Constitutivo de la CEE relativa a los *Fundamentos de la Comunidad*. El régimen jurídico de este principio, que se encuentra en los artículos 39 a 42 del Tratado y en el Reglamento 1612/68 de 15 de octubre de 1968, además de otros muchos como el Reglamento 312/76 de 9 de febrero, sobre derechos sindicales, o el Reglamento 1351/70 de 29 de junio, regulador de la permanencia en un Estado miembro después de haber ejercido un empleo, se ha convertido en un conjunto de reglas que garantizan a todo trabajador de la Unión Europea el derecho a ejercer la actividad profesional de su elección en el territorio de cualquier otro Estado miembro y disfrutar, tanto él como su familia, de idénticas condiciones de vida y de trabajo que los nacionales de ese Estado.

Pero el artículo 39 incluye dos excepciones a su aplicación. Por un lado está la prevista en su apartado tercero, en virtud de la cual, los Estados pueden suspender la vigencia del principio de libre circulación con respecto a determinadas personas si representan una amenaza “grave, real y suficiente” para el orden público, seguridad o salud públicas del Estado en cuestión<sup>74</sup>. Por otro lado, el apartado 4º del mismo

---

<sup>73</sup> Un estudio detenido sobre este proceso y las dificultades que plantea puede encontrarse en, DURÁN LÓPEZ, F., “La armonización de los ordenamientos laborales de los estados miembros de la CEE. Problemas, alternativas y soluciones.”, RIE, vol. 17 nº 1, en.-ab. 1990.

<sup>74</sup> Se detienen sobre la excepción del art. 48.3 TCEE, DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M. y NEVADO MORENO, P., “La libre circulación de servidores públicos. Un estudio sobre el acceso de ciudadanos comunitarios a la función pública de los Estados miembros”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 145, febrero 1997.pág.11.

artículo 39 dispone que lo previsto en él no será aplicable a los empleos en la Administración Pública. Como principio fundamental del Tratado, la interpretación y aplicación de la libre circulación se favorece a través del empleo de criterios amplios y protectores dirigidos a lograr su máxima efectividad. En esta tarea, los jueces comunitarios han desempeñado un importante papel, siendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el particular abundante y decisiva en un doble sentido: Primero, porque ha hecho derivar del principio de libre circulación auténticos derechos subjetivos que el trabajador migrante puede invocar ante los Tribunales. Segundo, porque ha asegurado una interpretación uniforme de la norma comunitaria.

No obstante, el Tribunal ha encontrado en su acción ciertas resistencias por parte de las instituciones y de los tribunales de los Estados miembros. Téngase en cuenta que en la interpretación de nociones clave, como pueden ser, “trabajador”, “empleo” o “Administración Pública”, éste se ha venido atribuyendo una suerte de “monopolio hermenéutico”<sup>75</sup> por encima del legislador nacional para evitar que las normas sobre libre circulación fueran aplicadas de forma desigual y discriminatoria. En cualquier caso, el estudio, la interpretación de esta excepción del art. 39.4 TCEE, efectuada por el Tribunal de Justicia en sus sentencias<sup>76</sup>, permite, como

---

<sup>75</sup> Sobre la libre circulación de trabajadores por cuenta ajena desde la perspectiva de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, véase el trabajo de MATTERA, A., *El Mercado único Europeo: sus reglas, su funcionamiento*, (Civitas), Madrid, 1991. Sobre el contenido del principio de libre circulación, pueden consultarse: ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., GONZÁLEZ VEGA, J.A. y FERNÁNDEZ PÉREZ, B., *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, Eurolex, 1996. Comentaire MEGRET, *Le droit de la CEE*, nº3 (Libre circulation des personnes, des services et des capitaux. Transports), Editions de l'Université de Bruxelles; DE SANDE PÉREZ-BÉDMAR, M.; “Los empleos en la Administración Pública como excepción a la libre circulación de trabajadores en el ámbito de la Unión Europea. A propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de julio de 1996”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Derecho Social y Comunitario*, nº 7, 1998, págs. 263 a 276. IGLESIAS VELASCO, A., “La evolución de la libre circulación de trabajadores en el sistema jurídico comunitario”, *Revista Técnico Laboral* vol. 19, nº 74, 1997, págs. 759 a 784; vid. del mismo autor, “Los trabajadores asalariados y su libertad de circulación en la Europa Comunitaria”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 89, 1997-1998, págs. 167 a 200.

<sup>76</sup> Tomando como referencia algunas de las numerosas sentencias de TJCEE podemos citar: Asunto 152/73, Sotgiu, Rec. 1974, pág. 87; asunto 149/79, Comisión/Bélgica I Rec. 1980, p. 1291;

avanzábamos, precisar un *concepto de empleo en la Administración Pública desde la perspectiva comunitaria*.

Dado que los funcionarios o en general, los empleados del sector público son trabajadores en el sentido del art. 39 del TCE, en principio se les aplican las disposiciones sobre libre circulación de trabajadores. Sin embargo, al contenerse en el apartado 4 del citado art. 39 una excepción al principio de libertad de circulación, como la de que los Estados puedan establecer limitaciones cuando se trate de empleos en su Administración Pública, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para su interpretación, ha construido una noción interesante sobre lo que deba entenderse como función pública. A los efectos del presente trabajo, puede resultar útil tener en cuenta la elaboración efectuada por el Tribunal toda vez que es posible extrapolar algunas de las conclusiones a las que por esta vía se ha llegado en el ámbito del derecho comunitario.

En el momento de redacción del Tratado de Roma no se consideró que la libertad de circulación de trabajadores en el sector público fuese un elemento importante para la construcción del Mercado Común. El campo del empleo público se tuvo en cuenta precisamente para excluirlo de la aplicación del principio. Esta excepción respondía a una reserva de soberanía de los Estados miembros<sup>77</sup>, se trata de una excepción de carácter permanente que sólo se justifica por razones de

---

asunto 149/79, Comisión/Bélgica II Rec. 1982, p. 549; asunto 307/84, Comisión/Francia, Rec. 1986, p. 1725; asunto 66/85, Lawrie-Blum, Rec. 1986, p. 2121; asunto 225/85, Comisión/Italia, Rec. 1987, p. 2625; asunto 33/88, Allué, Rec. 1989, p. 1591; asunto C-4/91, Bleis, Rec. 1991, p. I-5627; asunto C-473/93, Comisión/Luxemburgo, Rec. 1996, p. I-3207; asunto C-173/94, Comisión-Bélgica, Rec. 1996, p. I-3265; asunto C-290/94, Comisión/Grecia, Rec. 1996, p. I-3285.

<sup>77</sup> GALINSOGA JORDÁ, A., "El artículo 48.4 del TCEE y los empleos en la administración de las Comunidades Autónomas" en *La integración de España en las comunidades europeas y la competencia de las comunidades autónomas*, (coord. Victoria Abellán), Asociación Española para el Estudio del Derecho Europeo. Generalitat de Catalunya. Departamento de Justicia, Barcelona, 1985, analiza esta reserva de soberanía y extrae de ella algunas características entre las que destaca el hecho de constituir una excepción de carácter permanente cuya invocación por parte de los Estados no está sometida a ningún tipo de autorización previa, pág. 353.

carácter no económico que tienen que ver con la soberanía que conservan los Estados miembros. Sin embargo, desde aquellos primeros momentos de formación de la Unión hasta el momento presente, los objetivos que se persiguen han cambiado. Desde los primeros intentos de coordinación en determinados sectores económicos, se ha ido evolucionando hacia un proyecto más ambicioso que alcanza el terreno social y político.

La distinta manera de concebir la excepción del art. 39.4 TCEE es expresiva de esta evolución. En el momento de redacción del artículo 39, se consideró conveniente la introducción de una excepción que comprendía en términos generales los empleos en la Administración Pública. Se quiso reservar el ámbito del sector público a la autonomía y libre disposición de cada Estado miembro y en ello tuvieron mucho que ver las concepciones entonces predominantes de Administración Pública y el papel de ésta en la sociedad. Pero, a medida que la construcción política avanzaba, el contenido de la expresión “empleos en la Administración Pública” ha ido variando también. Al compás del Acta Única Europea (1986), del Tratado de la Unión Europea (1992), Tratado de Ámsterdam (1997) que ha añadido al Tratado constitutivo de la comunidad europea un nuevo título sobre el empleo, la excepción ha revestido otros matices que no hacen sino adaptarlo a una concepción de Europa superadora de las teorías de la nacionalidad basadas en el Estado soberano<sup>78</sup>. Buena prueba de esa evolución es la doctrina del TJCE donde se admite con claridad esta adaptación.

a) La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

El Tribunal de Justicia ha interpretado desde el principio de manera restrictiva

---

<sup>78</sup> LANDA ZAPIRAIN, J.P., “La noción de empleo público en el derecho comunitario europeo: las excepciones a la libre circulación de personas contenidas en los artículos 48.4 y 55.1 TCE” en *Noticias de la Unión Europea*, nº 47, abril 1997, págs.75 y ss. El autor mantiene que la noción de empleo público en el Derecho Comunitario tiene que ser una noción “abierta de diseño flexible” que permita la evolución desde un punto de partida inspirado en la salvaguarda de la soberanía de los Estados miembros hasta el marco de la ciudadanía europea.

la excepción relativa a los empleos en la Administración Pública<sup>79</sup>. La dificultad que encierra la interpretación de lo que debe entenderse por “*empleos en la Administración Pública*”, ha dado al Tribunal la oportunidad de pronunciarse en numerosas sentencias. Y así encontramos un Tribunal de Justicia que asume el papel de intérprete en exclusiva de este concepto para asegurar cierta autonomía al mismo. Si la delimitación del concepto de Administración Pública se dejase a la interpretación de cada uno de los Estados miembros, resultaría impracticable la aplicación uniforme de la excepción y por ende del principio de libre circulación. Por el contrario, la construcción comunitaria del mismo lo convierte en un concepto autónomo y flexible<sup>80</sup>, adaptable a los fines para los que ha sido previsto. Desde un primer momento, no cabe duda de que la noción de Administración Pública como ámbito en el cual se exceptúa la libre circulación de trabajadores, posee un indudable valor instrumental.

Así como la excepción contenida en el apartado 3º sólo puede invocarse frente a un reducido número de personas - aquellas concretas que representen una amenaza grave, real y suficiente para el orden público...etc.-, la excepción que contiene el apartado 4º del mismo artículo 39 es de potencial aplicación a todos los trabajadores migrantes de la Unión Europea<sup>81</sup>. Por eso se afirmaba al principio que el Tribunal efectúa una interpretación estricta, tanto de lo que debemos entender como Administración Pública, como de la excepción propiamente dicha<sup>82</sup>. A estas alturas, y a pesar de estar ante conceptos indeterminados que, voluntariamente, se hallan sometidos a una constante evolución, se puede afirmar que existe una clara posición

---

<sup>79</sup> “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha demostrado escasa simpatía por esta excepción”, MUÑOZ ÁLVAREZ, G., *El principio de libre circulación y el acceso a los puestos de la Administración en los Estados miembros*. Comunidad Europea Aranzadi, febrero 1997. pág.39.

<sup>80</sup> LANDA ZAPIRAIN, J.P., op. cit. pág. 76.

<sup>81</sup> O’KEEFFE, D., “Practical difficulties in the application of article 48 of the EEC Treaty” en *Common Market Law Review*, vol.19, nº1, 1982, págs.35-60

<sup>82</sup> La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de julio de 1996, en el Asunto C-473/93 que enfrentó a la Comisión y al Gran Ducado de Luxemburgo nos da pie para recorrer el estado de esta cuestión.

del Tribunal y de las Instituciones Comunitarias con respecto a determinados extremos de esta polémica, por inexacta, excepción.

El modelo de Administración de nuestros días responde a la idea de una Administración servidora de la sociedad y no sólo su gendarme<sup>83</sup>. En la sociedad actual los poderes públicos adoptan un papel activo en el desarrollo de la economía de mercado teniendo encomendadas funciones que exceden con mucho las clásicas atribuidas a la Administración<sup>84</sup>. Son agentes sociales que intervienen en el intercambio de bienes en pie de igualdad con los ciudadanos. Ya no es posible identificar Administración Pública, en el sentido en que aparece expresado en el art. 39.4, con sector público porque esto equivaldría a extender la excepción a la libre circulación más allá de lo sin duda pretendido en el momento de la redacción del Tratado. Hay actividades que, aunque se llevan a cabo por los poderes públicos, se encuentran inmersas en el tráfico económico en el que intervienen en concurrencia con sujetos privados; no tendría ningún sentido desde esta óptica, excluir este tipo de actividades de la libre circulación de trabajadores, por más que los titulares sean sujetos de derecho público. Si esto es así, se hace preciso delimitar con más exactitud el ámbito que sigue quedando reservado y exceptuado por tanto de la libre circulación, diferenciando para ello, ya no la naturaleza jurídico pública o jurídico privada del titular de la actividad, sino atendiendo a las características de la actividad que en ese sector concreto se lleva a cabo.

Dos concepciones pueden distinguirse sobre la noción Administración Pública tal como aparece en el art.39.4<sup>85</sup>. Desde una concepción que se ha llamado

---

<sup>83</sup> MONEREO PÉREZ, J.L., y VIDA SORIA, J. *La condición de nacionalidad en el acceso del personal a los empleos públicos*, MAP, 1991.

<sup>84</sup> Al referirse a aquellos supuestos en los que la Administración realiza actividades propias del “actual grado de intervencionismo estatal” en la sociedad moderna, se hace posible diferenciar a la vez el tipo de empleado público encargado de la gestión de tales actividades. GÓMEZ Muñoz, J.M.; *La libre circulación de trabajadores en el empleo público*, CES, Madrid, 1996. pág.181.

<sup>85</sup> Así lo han destacado en la doctrina española, entre otros, LANDA ZAPIRAÍN, J.P., op. cit.,



*institucional* u *organicista*, el contenido de la noción de Administración Pública pertenece al derecho interno de cada Estado que tiene libertad para delimitar y organizar su administración según criterios propios. Si utilizamos un criterio institucional para determinar cuáles son los “empleos en la Administración Pública” que a tenor de la dicción literal del art.39.4 quedan exceptuados de la libre circulación de trabajadores, nos tendremos que remitir a la estructura administrativa de cada Estado miembro. Así, un sector concreto estará incluido en la excepción si se encuentra dentro de lo que la legislación de ese Estado considera que es Administración pública<sup>86</sup>.

La concepción *funcional*, por el contrario, toma como presupuesto que la noción de “empleos en la Administración Pública” es de carácter comunitario, es decir, que corresponde a las instituciones comunitarias determinar su interpretación y su alcance<sup>87</sup>. Considerando la enorme dificultad que representa lograr un concepto unívoco de Administración Pública en todos los Estados miembros, utilizar un criterio comunitario puede ser la única vía para lograr la aplicación uniforme de la excepción. Desde una concepción funcional se atiende a las funciones o actividades realizadas por la Administración de manera que sólo los empleos en los que se desempeñan actividades específicas de la Administración podrían ser reservados a los nacionales. Estas “actividades específicas” resultan ser las propias del poder público en tanto que investido del ejercicio de autoridad y responsabilidad en la

---

NOGUEIRA LÓPEZ, A., “La Jurisprudencia del TJCE en materia de acceso a empleos en la Administración Pública de ciudadanos comunitarios”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 39, 1994, pág. 192. También puede verse el trabajo de MARTÍNEZ MOYA, J.; “La libertad de circulación de trabajadores en el empleo público. La exclusión de los empleos en la Administración Pública contemplada en el art. 39.4 del Tratado de la Comunidad Europea. Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, en *Libertad de circulación de trabajadores. Aspectos laborales y de Seguridad Social comunitarios; presente y futuro*, Cuadernos de Derecho Judicial, VII/2002, págs. 187 a 248.

<sup>86</sup> “...Se llega de este modo, a una última remisión a las estructuras administrativas que serían susceptibles de abarcar no sólo las distintas administraciones del Estado, sino todas aquellas entidades, sea cual sea su función, que presentan una intervención estatal, incluyendo a las empresas públicas constituidas en régimen de derecho privado.”, GALINSOGA JORDÁ, A., op. cit. pág. 356.

defensa de los intereses generales del Estado. Desde esta visión funcional, quedan fuera del ámbito de aplicación de la excepción un buen número de actividades que aún desempeñadas por los poderes públicos, no implican ejercicio de autoridad ni suponen actuación ninguna en beneficio del interés general. Es esta una visión más ajustada al modelo de Administración actual, al que anteriormente se ha hecho referencia, que además de hacer posible una aplicación más amplia del principio de libre circulación<sup>88</sup>, puede servir como criterio delimitador de los puestos de trabajo que en todo caso deberían desempeñarse por funcionarios.

Algunos autores, a propósito de las dificultades para definir Administración Pública, bien desde una perspectiva estricta o bien desde planteamientos funcionales<sup>89</sup>, afirman que la noción jurídica de Autoridad Pública puede resultar a estos efectos, más apropiada. Ciertamente, ésta se acomoda más fácilmente a la idea de realización de funciones que supongan el ejercicio directo o indirecto del poder público y la salvaguarda de los intereses generales<sup>90</sup>. Podríamos afirmar, entonces, que la noción de Autoridad Pública dibuja con mayor claridad el auténtico ámbito de aplicación de la excepción del art. 39.4 del Tratado. Tomando ésta como referencia, “los Estados miembros sólo podrán reservar a sus nacionales los empleos o puestos de trabajo o funciones que entrañen el ejercicio de potestades públicas o funciones públicas de autoridad”<sup>91</sup>. Este tipo de empleos ocupa un ámbito considerablemente reducido en el conjunto de lo que es actualmente la Administración Pública. Los factores y circunstancias sociales a los que nos hemos referido con anterioridad, así como el incremento de la dimensión prestacional de la

---

<sup>87</sup> GALINSOGA JORDÁ, A., op. cit. pág. 356.

<sup>88</sup> GÓMEZ MUÑOZ, mantiene por su parte una visión crítica de ambas concepciones, vid op. cit. pág. 198.

<sup>89</sup> Véase, por todos, LANDA ZAPIRAIN, J.P., op. cit. que aprecia un cierto bloqueo o congelación de la utilización del concepto Administración Pública. pág. 78.

<sup>90</sup> LANDA ZAPIRAIN, op.cit. opina incluso que la noción de autoridad pública no es sinónimo de funcionario público porque las notas de “imperium” y las prerrogativas del poder público que conlleva no se dan en todos los niveles de la escala de funcionarios.

<sup>91</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y VIDA SORIA, J., op.cit. pág. 26.

Administración de hoy, requieren un tipo de personal que desempeña tareas de gestión y ejecución que poco o nada tienen que ver con la idea de autoridad que se acaba de dibujar<sup>92</sup>, aunque, de contrario, se podría decir que resulta muy difícil escindir funciones públicas en sentido estricto, de aquellas otras que son instrumentales, pero indispensables para el desarrollo de las anteriores<sup>93</sup>.

En cualquier caso, como se ha visto ya y se tendrá oportunidad de ver más adelante, la legislación no siempre asocia al funcionario con el ejercicio de funciones públicas. La Ley 23/1998, así como determinadas leyes autonómicas, engloban a funcionarios y a laborales, estableciendo unas regulaciones que les sujetan a las mismas limitaciones e incluso dando por supuesto el ejercicio de funciones públicas por uno u otro colectivo. Y es que la noción de *empleo en la Administración Pública* es independiente de la naturaleza jurídica del vínculo que una a la persona con la Administración Pública<sup>94</sup>, por lo tanto, será a estos efectos irrelevante, tanto que se trate de una relación laboral, como funcionarial.

En definitiva, la determinante jurisprudencia mantenida sobre el particular por el TJCEE durante estos últimos años, y las acciones emprendidas por la Comisión para supervisar la aplicación de esta jurisprudencia, han surtido efecto pues los Estados emprendieron reformas en las legislaciones con el objeto de acomodar sus administraciones públicas y abrirlas a los trabajadores comunitarios<sup>95</sup>. No obstante,

---

<sup>92</sup> Basta recordar aquí la creciente “contractualización” de los empleados públicos a la que se refería PALOMAR OLMEDA, A., *Planificación de los recursos humanos en el ámbito público*. Mc. Graw Hill, Madrid, 1997. que percibe una aproximación de las Administraciones públicas a las grandes tensiones del mundo del trabajo, pág.23.

<sup>93</sup> Por ejemplo, si se admite que debe ser funcionario quien dicte el acto administrativo por el que se sanciona a determinada persona, ¿cómo no admitir que debe ser también funcionario quien instruya el expediente, quien inspeccione, quien tenga acceso a la información reservada que se maneje, quien practique la notificación....¿no son acaso todas estas tareas verdaderas funciones públicas?, esta es la opinión de DEL SAZ, S. “La laboralización de la Función Pública, del contrato laboral para trabajos manuales al contrato de alta dirección”, *Documentación Administrativa* n° 243, pág. 151.

<sup>94</sup> PALOMAR OLMEDA, A.; *Derecho de la Función Pública*, Madrid, 2001, pág. 272.

<sup>95</sup> Sobre las disposiciones y las prácticas administrativas de los estados miembros relativas al acceso al sector público, puede verse algo más en profundidad en el *Informe del Grupo sobre*

tampoco puede afirmarse, hoy por hoy, que el acceso de los nacionales comunitarios a los empleos en la Administración Pública de cualquier estado miembro esté garantizado; puede decirse que todavía queda camino por delante para que los trabajadores migrantes se beneficien de los principios derivados de la jurisprudencia del Tribunal<sup>96</sup>. Siguen produciéndose dificultades con la existencia de puestos restringidos a nacionales del estado miembro de acogida a pesar de que no comporten la necesidad de ejercer una autoridad pública ni la responsabilidad por la protección del interés general del Estado. Ello es debido a la falta de una legislación adecuada en el estado en cuestión que no se ha adaptado completamente al derecho comunitario.

En esta misma línea, atenta a las dificultades que persisten, la Comisión ha reiterado<sup>97</sup> que la excepción establecida en el art. 39.4 del Tratado queda referida a las funciones específicas del Estado y de organismos públicos, como las FFAA, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, la judicatura, las autoridades tributarias y los cuerpos diplomáticos. Pero al mismo tiempo acentúa que no la entera totalidad de los puestos de trabajo en estos sectores debiera entenderse incluida en el ámbito de la excepción ya que no todos implican el ejercicio autoridad pública y la responsabilidad de atender a la satisfacción de intereses generales del Estado. Las tareas administrativas, el asesoramiento técnico o el mantenimiento, por ejemplo, no deberían restringirse a los nacionales del Estado miembro de acogida. El planteamiento adoptado ahora por la Comisión es más riguroso que aquél empleado en 1988<sup>98</sup>. Entonces se describieron las funciones de una manera general y la consecuencia a la que pudo dar lugar es que se interpretara que la excepción al

---

*Movilidad* adoptado en Estrasburgo en noviembre de 2000 por los Directores Generales de la Administración Pública.

<sup>96</sup> Así se reconoce por la propia Comisión, vid. *Comunicación de la Comisión sobre la libre circulación de trabajadores-La plena realización de sus ventajas y sus posibilidades*, Bruselas, 11 de diciembre de 2002, COM (2002) 694 final, pág. 21.

<sup>97</sup> *Comunicación de la Comisión sobre la libre circulación.....cit.* pág. 21

<sup>98</sup> "La libre circulación de los trabajadores y el acceso a los empleos en la Administración Pública de los estados miembros- La acción de la Comisión en materia de aplicación del apartado 4 del artículo 48 del tratado CEE", DO C 72 de 18 de marzo de 1988, p. 2.

principio de libertad de circulación se extendía sobre la totalidad de los puestos de trabajo de las actividades de los ministerios del estado, de las regiones y de otros organismos públicos. Ahora, y a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de los años noventa, lo más adecuado al principio de libertad de circulación sería reservar los concretos puestos de trabajo que entrañan el ejercicio de autoridad pública o la responsabilidad de la satisfacción de los intereses generales y fuera de estos puestos, esto es, todos los que impliquen la ejecución de labores instrumentales, de apoyo, de asesoramiento....dejar abierta la posibilidad de su desempeño por cualquier ciudadano miembro de cualquier estado miembro<sup>99</sup>. Así pues, la Comisión se propone supervisar de cerca las normativas y las prácticas de los estados miembros<sup>100</sup>. Ello no excluirá la adopción de las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento efectivo del derecho comunitario, iniciando si es necesario, los correspondientes procedimientos de infracción.

b) La adaptación de la legislación española.

Como consecuencia de nuestro ingreso en la CEE, la libertad de circulación de las personas, bienes y capitales por el territorio de todos los estados miembros impondrá en nuestro país el esfuerzo de adaptación que en este aspecto incluye la necesidad de acomodar nuestra normativa sobre función pública a las exigencias que el principio de libertad de circulación imponían desde el ordenamiento jurídico comunitario a partir del 1 de enero de 1993. En esta sede, la mayor dificultad residía

---

<sup>99</sup> Actualmente, se plantea otro interrogante en relación con los puestos del sector privado que implican un cierto ejercicio del poder público. En una sentencia reciente, el Tribunal declaró que los guardias jurados de seguridad privada no forman parte de la Administración Pública y que, por tanto, no se les puede aplicar el apartado 4 del art. 39 del Tratado CEE, cualesquiera que sean las funciones del empleado (Asunto C-283/99, Comisión/Italia, Rec. 2001 I-4363. Actualmente se está decidiendo si el mismo razonamiento puede aplicarse a puestos del sector privado a los que el Estado asigna determinadas funciones de autoridad pública (por ejemplo, capitanes o primeros oficiales de buques mercantes y de barcos pesqueros que ejerzan funciones de policía) en dos peticiones de decisión prejudicial pendientes presentadas al Tribunal (Asuntos pendientes C-405/01 y C-47/02). Vid. COM(2002) 694 final, Bruselas, 11, 12, 2002. Acerca de esta interesante cuestión puede verse SÁINZ MORENO, F.; "Ejercicio privado de funciones públicas", *Revista de Administración Pública* nº 100-102, 1983, págs. 1699 y ss.

<sup>100</sup> Comunicación de la Comisión sobre libertad de circulación...cit. pág. 22

en el hecho de interpretar debidamente la excepción del art. 39.4 TCEE y a este respecto había dos perspectivas distintas<sup>101</sup>. Siguiendo a PALOMAR OLMEDA, podemos analizar las diferentes posibilidades que estaban abiertas a la hora de emprender la adaptación de nuestro modelo legal a las exigencias del ordenamiento jurídico comunitario. Por una parte, cabía la posibilidad de identificar el ámbito de exclusión del principio de libertad de circulación con el sector público según aparece recogido en el art. 1 de la Ley 53/1984 pero con ello se introduce un radio de acción bastante extenso que no puede ser compatible con el principio de libertad de circulación perseguido; en función de lo cual la excepción al mismo debe ser interpretada en un sentido restrictivo.

Otras de las posibilidades es tomar como referencia los criterios organicistas de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y adoptar lo que en esa ley se entiende comprendido dentro de la Administración. O bien el criterio subjetivista de la LMRFP. Pero, en todos los casos el resultado que se produce es una ampliación excesiva del campo de aplicación de la excepción al principio de libertad de circulación al igual que en la interpretación anterior. Así, por ejemplo, la concepción que identifica empleo en la Administración Pública con funcionario, conduciría prácticamente a reservar la totalidad de los puestos cubiertos con funcionarios, sin embargo, no es posible afirmar que sólo por el hecho de ser funcionario se desempeñen tareas ligadas al ejercicio de autoridad pública o tareas dirigidas a la satisfacción de los intereses generales.

Más acertado resultaría atender a las características del puesto de trabajo concreto y al mismo tiempo identificar los sectores de actividad que están excluidos de la libre circulación. La combinación oportuna de ambos criterios conduce a un más adecuado resultado de ponderación entre la libre circulación y la reserva de determinados empleos en la Administración Pública. De este modo, sectores como la defensa, el orden público, la justicia, la gestión de los ingresos públicos o la

---

<sup>101</sup> PALOMAR OLMEDA, A.; *Derecho de la Función Pública*, 2001, pág. 279 y ss.

representación de los intereses estatales fuera de las fronteras de nuestro Estado, son sectores en los que por el tipo de actividad que en ellos se lleva a cabo, se aconsejaría su exclusión de la libre circulación. Pero al mismo tiempo, tampoco puede hacerse una separación tajante entre sectores de manera que aquellos propios de actividades de corte social, como la gestión de servicios comerciales, salud, enseñanza o vivienda quedaran por completo abiertos al principio de libertad de circulación.

Ciertamente este tipo de actividades “compondrían el campo natural de la concordancia de ordenamientos”<sup>102</sup>, pero la operación no resultaría completa si no se atendiese junto a los sectores o actividades, a los puestos de trabajo concretos, porque, por una parte, analizando las actividades de corte prestacional o social, posiblemente determinados puestos debieran quedar igualmente incluidos en el ámbito de la excepción del art. 39.4 TCEE. Y al propio tiempo, no todas las actividades incluidas en las funciones esenciales del Estado tienen porqué quedar al margen de la libre circulación. Así pues, son los puestos de trabajo, atendiendo al sector en el que se encuadren, los que deben ser tomados en cuenta para discernir adecuadamente el concreto ámbito de aplicación de la excepción del art. 39.4 TCEE. Las Relaciones de Puestos de Trabajo, como instrumentos ordenadores que son del personal al servicio de las administraciones públicas, tienen un papel esencial en esta tarea<sup>103</sup>.

Según nuestro modelo legal, fijado en la Ley 17/1993, de 23 de diciembre de acceso a determinados sectores de la función pública de los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea; éstos podrán acceder en igualdad de condiciones que los españoles a todos los empleos públicos, salvo que impliquen

---

<sup>102</sup> PALOMAR OLMEDA, A.; *Derecho de la Función Pública*, 2001, pág. 280.

<sup>103</sup> En este sentido; CORDERO SAAVEDRA, L.; *Régimen de trabajo en las Administraciones Públicas*, Murcia, 2003, pág. 136-137: “Las RPT se erigen así, nuevamente, como el instrumento técnico adecuado para determinar los puestos de trabajo para cuyo desempeño sea exigible la nacionalidad española”.

una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público y se trate de funciones que tengan por objeto la salvaguarda de los intereses del Estado o de las administraciones públicas<sup>104</sup>.

El art. 1.3 de la Ley 17/1993, de 23 de diciembre, prevé que el gobierno o, en su caso, los órganos correspondientes de las CCAA o de las demás Administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, determinarán los cuerpos, Escalas, plazas, empleos o puestos a los que no puedan acceder los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea. A estos efectos, el RD 543/2001 de 18 de mayo recoge el principio de acceso al empleo público de los nacionales de otros Estados en condiciones de igualdad con los españoles, estableciendo el ámbito objetivo y subjetivo de aplicación de dicho principio, y aprueba la relación de Cuerpos y Escalas a los que no podrán acceder los nacionales de otros Estados y que figuren en el anexo, ordenados de acuerdo con su adscripción a los respectivos Departamentos ministeriales u Organismos públicos. En este texto normativo se opta por establecer una corrección del enfoque empleado a la hora de proceder al establecimiento de los criterios según los cuales se establecen las exclusiones o inclusiones en aplicación de la plena vigencia del principio de libertad de circulación de trabajadores también en el empleo público.

En este sentido, el Real Decreto referido enumera los puestos de trabajo en los que no será posible el acceso de nacionales de otros estados miembros, esto es, enumera los puestos afectados por la excepción del principio de libertad de circulación. Así, se parte de una regla general que es la plena vigencia del principio de libertad de circulación al que se le añade una excepción que es la enumeración de los cuerpos y escalas afectados por la excepción del art. 39.4 TCEE. Se desprende,

---

<sup>104</sup> El artículo 37 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, modificó esta ley para extender su aplicación al cónyuge de los españoles y de los nacionales de otros estados miembros de la UE en determinadas condiciones<sup>104</sup>. El derecho de acceso al empleo público se extiende también a las personas incluidas en el ámbito de aplicación de Tratados internacionales celebrados por la Comunidad Europea y ratificados por España, en los que sea de aplicación la libre circulación de trabajadores.



pues, la conclusión de que todos los restantes puestos de trabajo no se encontrarán afectados por la mencionada excepción, de lo que podría concluirse que la regla general implícita es la plena vigencia del principio de libertad de circulación de los trabajadores también dentro del marco del empleo público.

El Real Decreto, como decimos, regula la reserva en determinados casos de puestos de trabajo para los españoles, los criterios de acceso al empleo público y los requisitos que deben cumplir los nacionales de otros Estados, así como la exigencia del conocimiento del castellano como un contenido necesario de las pruebas selectivas. En el art. 5 del Real Decreto queda establecido que en las Relaciones de Puestos de Trabajo, catálogos o plantillas se determinarán los puestos de trabajo para cuyo desempeño sea exigible la nacionalidad española<sup>105</sup>. De todo ello puede colegirse que el cambio o adaptación operado por el citado Real Decreto no reviste en realidad de una trascendencia excesiva pues continúa plenamente establecida la posibilidad de que la Administración, a través de esa su expresión genuina de autoorganización que se manifiesta a través de la confección de la Relaciones de Puestos de Trabajo, pueda reservar determinados puestos para los nacionales españoles haciendo aplicación de la cláusula de excepción referida a la salvaguarda de los intereses generales o del ejercicio de autoridad pública. Esta es una cláusula de cierre que, aunque pueda pasar inadvertida en un primer acercamiento, reviste una gran importancia hasta el punto de que puede sostenerse que se ha pretendido modificar el sistema, para, modificándolo, no cambiar sustancialmente casi nada. Con ello se concluye, pues, que las cosas siguen estando, a este respecto, como estaban.

A pesar de esta cierta renuencia de los Estados, incluido el español, para ponerse al día con las obligaciones de adaptación de sus administraciones públicas a las exigencias derivadas del principio de libertad de circulación de trabajadores, si algo puede ser destacado es la existencia de serios esfuerzos provenientes de las

---

<sup>105</sup> MORÓN PRIETO, R.; comenta este RD en *El Derecho*, Boletín de Legislación, 2001.

instituciones comunitarias para lograr la armonización y el cumplimiento del mencionado objetivo. Para este fin se ha concentrado las acciones de la propia comisión y, como es patente la jurisprudencia dictada por el TJCEE que en este campo ha elaborado una sólida concepción de lo que debemos entender por empleo en la Administración Pública.

- c) La proyección de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre nuestro empleo público: el concepto más reducido de autoridad

Pues bien, dejando ahora a un lado la mayor conveniencia de una u otra interpretación, lo que a nuestros efectos sin duda resulta interesante es saber si esta concepción, digamos “restringida”, que el Tribunal de Justicia mantiene en sus sentencias, resulta de utilidad para efectuar una delimitación adecuada de las diferentes actividades, puestos de trabajo, funciones.... que pueden existir en nuestro empleo público<sup>106</sup>. De este modo, se podría seguramente diferenciar entre función pública y empleo público o si se prefiere, y puesto que toda tarea propia de un empleo público podría en última instancia ser una función pública, se puede diferenciar entre determinadas funciones que por su contenido se entiende que deben ser reservadas a funcionarios públicos, y otras que se desempeñan por empleados públicos. Todo ello en el bien entendido de que un empleado público no es un trabajador ordinario como lo son los que prestan servicios para un empleador privado sino que, como en seguida se analizará, se trata de un empleado especial al servicio de una Administración Pública con todo lo que ello supone de característico.

Al mismo tiempo, extrayendo las notas que caracterizan a los empleados públicos, haciendo abstracción del régimen jurídico (público o privado) que tengan

---

<sup>106</sup> En un sentido parecido se ha expresado PALOMAR OLMEDA, A.; *Derecho de la Función Pública*, Madrid, 2001, pág. 284-285, que apunta la “tendencia acusada de las Administraciones actuales a someter a sus empleados públicos al régimen laboral como, en general, el régimen jurídico de su funcionamiento al derecho privado” de modo que el debate internacional al que se está haciendo referencia, se está reproduciendo en el plano interno “sobre todo, con la finalidad de determinar cuál es el perfil final y los límites intangibles del Derecho público”.

establecido con la Administración empleadora, es posible tender lazos de acercamiento entre trabajadores y funcionarios que, fuera ya de lo que son tareas que conllevan el ejercicio de autoridad pública o que entrañan la salvaguarda de los intereses generales, resultan a la postre empleados de una misma administración empleadora, poseedores de características similares en sus relaciones de prestación de servicios y acreedores de un mismo estatuto material. El estatuto del empleado público.

En definitiva, se trata de superar, dando un paso más, la tensión de principios opuestos que está en el fondo de toda la problemática que se ha ido generando, por ejemplo, en lo referente a los efectos de la contratación temporal irregular y que, de un modo u otro, también está detrás de los problemas de acceso, de clasificación profesional, de reorganización o descentralización productiva, incluso de extinción. Ahora ya no es el momento de decidir qué ordenamiento jurídico prevalece, si el laboral, tutelador de los intereses del trabajador y de la estabilidad en el empleo, o el administrativo, garante del interés general. Demos por hecho, porque es un hecho, que el derecho del trabajo no encuentra fácil acomodo con las dificultades aplicativas ciertas que surgen en torno a los trabajadores al servicio de la Administración. La solución no está en eliminar la contratación laboral, ni tampoco en someterla a la tensión a la que se encuentra hoy sometida en el ámbito público, lo que está acabando por crear una especie de *tertium genus*, una figura híbrida de difíciles contornos.

La solución podría venir de la mano del reconocimiento de un estatuto específico para el empleado público que, diferenciando necesariamente en función del contenido concreto de determinados puestos de trabajo o funciones que implican el ejercicio de autoridad pública. No obstante, lograría el alcance de variados efectos beneficiosos que van más allá de la resolución concreta de los problemas aplicativos ya apuntados. Con ello se avanzaría también en la materialización de la eficacia en el ámbito público. Si ciertamente la utilización de un régimen de selección, de un

régimen de uso del personal más ágil y flexible, como quedó señalado con anterioridad, podrá reportar beneficiosas dosis de eficacia en la actuación de nuestras administraciones públicas, del mismo modo es innegable que la eficacia en la Administración Pública no se mide solamente, como se ha visto, por los resultados en cifras, por el ahorro económico que pueda producirse, sino por el sometimiento al principio de legalidad en las actuaciones administrativas pese a que ello imponga procedimientos más rígidos en el proceso de formación de voluntad de los órganos. En el concreto ámbito del personal, se condensan estas fuerzas centrífugas y la figura del empleado público puede ayudar a la coexistencia armónica de las mismas.

Finalmente se puede hacer referencia también en el ámbito supranacional a otras materias en las que es posible encontrar una regulación que prescinde del carácter público o privado del empleo a la hora de establecer una determinada regulación. Así, el Convenio sobre las relaciones de trabajo en la Administración Pública<sup>107</sup>, no diferencia entre la naturaleza pública o privada del empleo desempeñado. Y del mismo modo sucede en la acción normativa de la Unión Europea referente al principio de igualdad entre hombres y mujeres, la ordenación del tiempo de trabajo, la normativa sobre seguridad y salud en el trabajo...etcétera<sup>108</sup>.

### 3.1.3 Conclusión: función pública y empleo público

---

<sup>107</sup> Convenio OIT, 1978/151.

<sup>108</sup> Vid. Directiva Marco del Consejo nº 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, sobre la seguridad en el trabajo, (DOCE, Nº L 83, de 29 de junio de 1989), Directiva 93/104/CE, de 23 de noviembre de 1993, sobre el tiempo de trabajo (Diario Oficial de las Comunidades Europeas, nº L 307, de 13 de diciembre de 1993). Esta realidad ha sido puesta de manifiesto también por SUPLOT, A.; "El trabajo y la oposición público-privado", *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 115 (1996), nº 6, pág. 711-712, haciendo referencia a una "penetración en el ámbito público de los principios del derecho laboral privado" en el plano internacional. A este respecto, también se hace alusión a la interpretación que el TJCE ha efectuado acerca del reconocimiento en el Tratado de Roma del "carácter propio del empleo en la Administración Pública" para poner de manifiesto, en esta misma línea; la conocida interpretación restrictiva que de esta noción ha efectuado el Tribunal de Luxemburgo.

El empleo público está ante todo condicionado por una función: la del cumplimiento de los fines de la Administración Pública<sup>109</sup>. Sin embargo, con razón se ha dicho que la realidad externa del empleo público lo condiciona de tal manera que termina por hacerse elemento sustancial interiorizado<sup>110</sup>. De hecho, en el propio cumplimiento de los fines señalados, las administraciones públicas no sólo se proyectan sobre nuestras sociedades, también se impregnan de las corrientes de pensamiento, los debates, las certezas y las incertidumbres existentes en cada momento histórico.

Es por eso que se puede reconocer en el empleo público la existencia de dos tipos de condicionamientos diferentes, unos con un origen “externo” a los que acabamos de aludir, y otros de origen “interno”, que guardan una directa relación con el resultado final que en cada momento presenta la organización del empleo en una Administración Pública. En relación a este segundo conjunto de condicionantes, no se debe dejar de tener en cuenta el papel clave desempeñado por la regulación establecida y en ese sentido, partimos de un contexto regulador confuso e inseguro por lo cambiante, que es a la vez causa y consecuencia de las sucesivas reformas-parche que va experimentando el sistema a lo largo de los años.

En cuanto al importante papel, al que antes se aludía, que también jugaban sobre el empleo público los condicionantes externos, ciertamente, en la actualidad no hay duda de que elementos hasta hace poco caracterizadores de la relación de empleo público, hoy están en entredicho. Así, la diferencia entre el empleo público y el empleo privado que ha sido una constante desde el nacimiento de los Estados modernos, hoy no presenta unos perfiles tan nítidos<sup>111</sup>. La razón de ser de tal

---

<sup>109</sup> Vid. las reflexiones acerca del concepto y la determinación del interés público y sobre el interés general, en BAYLOS GRAU, A.; *Derecho de Huelga y servicios esenciales*, Tecnos, 1988, pág. 112.

<sup>110</sup> PIÑAR MAÑAS, J.L.; “El modelo de función pública como sistema complejo y abierto” en *Función Pública y Laboralización, Documentación Administrativa*, nº 243, 1995, pág. 6.

<sup>111</sup> CITA DE SUPLOT, A.; “El trabajo y la oposición público y privado”, en *Revista Internacional del Trabajo*, nº 6/1996, págs. 709 a 720.

separación respondía a motivos fundamentalmente de índole política ya mencionados<sup>112</sup> y desde ellos se explicaba la imposibilidad del establecimiento de vínculos contractuales entre la Administración y el personal a su servicio y de la introducción de mecanismos de negociación entre las administraciones y el personal. Con ello se mantuvo este ámbito público alejado de las tensiones propias del mundo del trabajo.

Hace tiempo que asistimos a un proceso de enorme diversificación de actividades llevadas a cabo por las administraciones públicas. Además, del mismo modo que desde la Administración se han ido cubriendo paulatinamente más campos de actuación y en definitiva de prestación de servicios a los ciudadanos, también las empresas privadas entran en la prestación de servicios públicos estratégicos para la sociedad. Así como esa tendencia expansionista resultaba coherente con el movimiento de ampliación del Estado social al que hemos asistido en los principios de la segunda mitad del siglo XX, hoy, sin embargo, iniciada ya la andadura del siglo XXI, vislumbramos una presencia pública, progresivamente limitada, como resultado de los estrictos procesos de reducción a los que últimamente se ha visto sometida. Debe recordarse, sin embargo, que pese a este pretendido redimensionamiento, la presencia pública es hoy fuerte a pesar de los ropajes, mestizos con los que se presenta en sociedad. Y no sólo es fuerte, sino que es responsable del mantenimiento de actividades indispensables para la vertebración y la conformación de nuestras sociedades.

---

<sup>112</sup> A este respecto, se recordaban las palabras de S. CASSESE en "Organizzazione statale e disciplina dell'impiego pubblico" en *L'amministrazione dello Stato*, Milano, 1976, pág.37, que recordaban que el empleado público "es un trabajador especial porque la autoridad pública se ejercita con él no menos que a través de él". Vid. las referencias en, ROMAGNOLI, U; *El derecho, el trabajo y la historia*, CES, 1997, pág. 186. Romagnoli analiza las desastrosas derivaciones que ha tenido en el empleo público italiano la normativa relativa al mismo. Una normativa que nace para evitar que la dirección política disponga de un poder incontrolado para maltratar a los funcionarios en caso de que no se sometan a su voluntad en contra de los intereses generales. Pero si la situación es "que la dirección política tiene que perdonar mucho para ser perdonada, cuando no se sabe o no se puede dirigir, cuando del descontento de los usuarios de los servicios públicos no se sienten responsables ni siquiera el personal de los mismos sin que puedan tener lugar las sanciones del mercado y sin que esté en peligro el puesto de trabajo "entonces puede pasar lo que ha pasado en Italia", pág. 187.

Pues bien, en cualquier caso, estos movimientos de acordeón, de expansión-reducción de la actividad de la Administración, no han pasado por nuestro empleo público sin dejar algunas estrías. Importante es destacar cómo se ha visto reconsiderar los viejos esquemas de organización administrativa al tiempo que se expresaban los deseos de lograr una Administración Pública más eficaz y más eficiente. En la tarea, la tendencia ha sido volver la mirada hacia el sector privado para importar desde él técnicas de gestión de los recursos humanos. Esta irresistible atracción que provocaban las normas del derecho privado, deja ver algunos de sus efectos en la progresiva privatización de los servicios, o al menos, de la gestión de los mismos. En paralelo, se constata el surgimiento de un verdadero clamor en la doctrina reclamando la adopción de una auténtica política de personal encaminada, entre otras cosas, a conocer mejor las necesidades de recursos humanos para obtener un satisfactorio rendimiento de los mismos, para lo cual era conveniente implicar en mayor medida al personal fomentando la presencia de sus representantes.

Junto a ello, la configuración de un panorama de estrecha convivencia entre el personal laboral y el funcionario en muchos ámbitos ha sido causa de un incesante acercamiento del régimen jurídico de ambas figuras<sup>113</sup>. En cualquier caso, la cuestión estriba en que, hoy por hoy, el planteamiento de las relaciones entre el empleo privado y el empleo público debe hacerse teniendo en cuenta las nuevas variables pero, a la vez, procurando no caer en un planteamiento excesivamente simplista que crea superadas las condiciones especiales que rodean a la Administración como empleadora. En cualquier caso, lo que resulta evidente es, por una parte, el acercamiento entre el empleo público y el privado -condicionamientos

---

<sup>113</sup> Hoy se habla frecuentemente, mejor dicho, se escribe, acerca de la conveniencia de una regulación "mixta" comprehensiva de ambos regímenes jurídicos tratándose de regular la prestación de servicios en la Administración. Al respecto, ya desde hace tiempo se ha señalado que "quizá el problema no es tanto el de acoplar los preceptos y las fuentes que los establecen, en un sistema formalmente unitario, sino el de individualizar una serie de posiciones subjetivas de derechos sociales o de protección social y también derechos de libertad necesarios al trabajador ya sea público o privado". Vid: M. RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER en, "Trabajo privado y trabajo público", *Relaciones Laborales* I/1989, pág. 47.

externos-, y por otra parte, la proximidad entre los regímenes del personal funcionario y el laboral -condicionamientos internos-.

A estos efectos resulta muy interesante avanzar en la posibilidad de distinción entre función pública y empleo público. Como ya se ha puesto de manifiesto que “la función pública como institución no comprende la totalidad del empleo público”<sup>114</sup>, ésta es una realidad que en los sistemas de derecho comparado se reconoce sin dificultad<sup>115</sup>. Sin embargo, identificar el concreto espacio material de los funcionarios públicos, no quiere decir que no deba considerarse extendido sobre el resto de los empleados públicos el grueso de los principios constitucionales vigentes en la función pública. Por ejemplo, aún en el supuesto de que se admitiera que el sistema del mérito presenta diferentes modulaciones dependiendo que éste se centre sobre la función pública en sentido estricto, en cuyo caso lo que está en juego es la objetividad de la Administración y la imparcialidad del funcionario<sup>116</sup>, o bien sea proyectado sobre el empleo público en general, no hay duda de que, de un modo más o menos intenso, alcanzará a la totalidad del colectivo de los empleados públicos. En todo caso, lo que se trata de garantizar es la eficaz prestación de los servicios públicos.

Así pues, lo adecuado sería reconocer la existencia de una parcela que,

---

<sup>114</sup> PRATS i CATALÁ, J.; “Los fundamentos institucionales del sistema de mérito: la obligada distinción entre función pública y empleo público”, en *Documentación Administrativa* nº 241-242, 1995, pág. 39.

<sup>115</sup> En la Administración y en el derecho comparado, función pública y empleo público se hallan frecuentemente separados; así es el caso del Reino Unido y de Alemania, y cuando no lo están, como pasa en Francia o en EEUU, existen estatutos o regímenes especiales que modulan los valores o principios de la función pública.

<sup>116</sup> Así, se ha aludido al talante que la Administración como institución, y los funcionarios, como titulares de los órganos administrativos, deben tener en el ejercicio de sus funciones, para la consecución de sus fines; GARRIDO FALLA, F.; “Administración y Constitución”, en *La Administración en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, 1980, págs. 44 y 45 donde se afirma que este talante debe ser un “talante de eficacia.....pero eficacia *indiferente*”. Asimismo, vid. PRATS i CATALÁ, J.; “Los fundamentos institucionales del sistema de mérito: la obligada distinción entre función pública y empleo público”, en *Documentación Administrativa* nº 241-242, 1995, pág.40.



delimitada con claridad como ámbito de especialidad, quedara reservada a los funcionarios públicos como sujetos receptores directos de ciertas garantías. Pero sin que ello suponga desconocer la entidad que posee el empleo público en sí mismo considerado. No es cuestión de volver en este momento sobre el debate, nunca acabado del todo, acerca de la admisibilidad de la coexistencia de distintos regímenes para el personal en la Administración Pública. Es preferible partir del puro hecho fáctico, si se quiere, de su existencia y de los efectos que la misma provoca. El empleo público como conjunto en el que se aglutinan diversidad de prestaciones de servicios sometidas a diversidad de regímenes jurídicos, es una realidad. Y es esa realidad la que conviene tener presente para, a partir de ella, poder construir un esquema armónico de relaciones productivas en el ámbito público. De modo que lo que por el momento interesa subrayar es la necesidad de avanzar en esta línea de diferenciación entre función y empleo públicos para salvaguardar la necesaria garantía de las funciones estrictamente de autoridad, pero, simultáneamente, delimitar un contexto público de prestación de servicios que alcanzará a todas las formas de articulación jurídica de esa prestación de servicios para una Administración Pública. De lo contrario, tal y como oportunamente ha sido puesto de manifiesto, se irán agravando progresivamente los problemas de nuestras administraciones públicas<sup>117</sup>.

Como vamos a ver más adelante en estas páginas, las anteriores reflexiones hacen necesario profundizar, por una parte, sobre los criterios delimitadores del espacio reservado para las funciones públicas. Y del mismo modo, también habrá

---

<sup>117</sup> Por lo interesante del diagnóstico reproduzco las palabras que sobre el particular ha escrito PRATS i CATALÁ, J.; “Los fundamentos institucionales del sistema de mérito: la obligada distinción entre función pública y empleo público”, en *Documentación Administrativa* nº 241-242, 1995, pág.43: “El régimen estatutario o funcionarial, debidamente articulado en base al sistema de mérito, garantizador de la imparcialidad profesional del funcionario, supone una inevitable rigidez gerencial, debidamente justificada por los valores y funciones sociales que lo justifican. Pero si este régimen funcionarial se extiende a la casi totalidad del empleo público, una de dos: o se va a hacer imposible la gestión eficaz y eficiente de todas aquellas funciones públicas en las que la imparcialidad no es el valor fundamental,(.....) o, para evitar lo anterior, se va a “flexibilizar” de tal modo el estatuto funcionarial que puede producirse un fuerte deterioro del valor de la imparcialidad allí donde este valor es decisivo.”

que detenerse sobre aquellos elementos comunes que puestos en relación unos con otros, permiten construir un estatuto del empleado público. Ahora bien, la multitud de facetas que estas cuestiones presentan, aconseja que antes de abordar los temas señalados, éstos sean articulados dentro de un determinado orden discursivo. En este propósito, la tantas veces mencionada laboralización, servirá como punto de partida desde el que analizar, no sólo los diferentes significados que este término encierra, sino también circunstancias relativas al empleo público que constituyen ésas facetas diversas a las que estamos haciendo referencia.

### **3.2. Un planteamiento estratégico en la planificación de los recursos humanos en el empleo público**

Consecuentemente con lo analizado hasta el momento, y como ya se ha tenido oportunidad de destacar anteriormente, es más que notable la entrada en el claustro regulador de las relaciones de empleo público de una considerable cantidad de elementos de gestión originarios del derecho privado. Se trata de técnicas importadas desde otros ámbitos que se imbrican en el contexto público y que ya han ido adquiriendo carta de naturaleza en él. No se tratarán en este momento, porque ya se hizo referencia a ellos al analizar la eficacia, los aspectos relativos a las justificaciones o a las concepciones que respaldan la utilización de estas técnicas *manageriales*. Será más adelante, en el Capítulo IV, cuando se observe el reforzamiento del poder directivo y la gestión flexible de la fuerza de trabajo en el empleo público. Lo que centrará el análisis de las próximas líneas es la observación de los instrumentos de gestión del personal y se intentará establecer una clasificación entre ellos.

Es también posible hablar de la existencia de tendencias de reclutamiento o de mecanismos de selección del personal que parecen idénticos a los utilizados por los empleadores privados. Con ello se puede presentar la traslación también a este ámbito de los mismos problemas que en el empleo privado determinadas cuestiones

ocasionan<sup>118</sup>. Este último aspecto se verá con más detenimiento en el apartado siguiente, en el marco de los procesos de privatización. Por el momento, sin dejar por ello de tener presente lo relacionados que se hallan todos estos aspectos, estas líneas se centrarán en el análisis de los instrumentos de gestión del empleo público.

Esta es una realidad poblada de significativas mixtificaciones entre las técnicas propias y genuinas de una regulación jurídico-pública, de la regulación administrativa, y aquéllas provenientes de otros contextos del derecho privado que, como se viene observando, entran en escena debido a la voluntad de los gestores administrativos de lograr unas mayores dosis de previsibilidad, de organización, de flexibilidad para adaptarse a los cambios, en otras palabras, a la voluntad de lograr mayor eficacia. Esta mixtificación de instrumentos de tan diverso origen, que responden a lógicas, no solo diferentes sino incluso contradictorias genera tensiones que se pueden percibir fácilmente en el análisis de cada institución.

Así pues, sobre las tensiones detectadas en estos instrumentos de gestión nos vamos a detener pero antes es preciso efectuar una puntualización más: Esta presencia de un creciente número de técnicas relativas al personal de las administraciones públicas se puede diferenciar en atención a la dimensión de la relación de empleo a la que afecte. Quiere esto decir que entre los instrumentos o instituciones traídas desde la influencia privada, se podrían mencionar también aquéllos que inciden en aspectos colectivos de las relaciones productivas. Me refiero a los canales de representación colectiva de los empleados públicos incluyendo claro está a los funcionarios, a la negociación colectiva de estos últimos, al reconocimiento del derecho de huelga...etcétera. No obstante, a ellos se hizo referencia anteriormente, en el capítulo primero y se vio cómo su recepción ha modalizado, ha influido enormemente en el desarrollo de nuestro empleo público. Por eso, aún a sabiendas de lo artificial que puede resultar esta separación entre las

---

<sup>118</sup> Me refiero al recurso a las empresas de trabajo temporal, o a la aparición de técnicas de descentralización productiva también en la Administración Pública. Además están las cuestiones relacionadas con los mecanismos de gestión.

dos dimensiones, individual y colectiva, de una misma realidad, en las páginas que siguen se dejará de lado esta última para adentrarnos en la primera.

### 3.2.1 *La planificación y los instrumentos de gestión del personal*

Planificar supone esencialmente programar y coordinar los recursos humanos disponibles, y/o necesarios, con las actividades y fines de una organización en función de las disponibilidades económicas de la misma. Hace ya tiempo que se ha señalado cómo la necesidad de cumplir con objetivos generales “de carácter económico justifican que la programación en materia de recursos humanos públicos sea una exigencia interna de funcionamiento, a la vez que un mecanismo de coherencia, e incluso de legitimación, frente a la propia sociedad, de la necesidad de los recursos humanos de los que se dispone”<sup>119</sup>. En la actualidad, esta actividad resulta indispensable toda vez que resulta decisivamente influyente, no sólo sobre la dimensión cuantitativa de la Administración Pública, sino igualmente sobre su dimensión cualitativa<sup>120</sup>. Tanto desde importantes estudios doctrinales, como desde los informes de variadas instituciones, se coincide en señalar a este tipo de actuaciones, que también pueden recibir el nombre de políticas de personal, como verdaderos vehículos de cambio en las administraciones públicas<sup>121</sup>.

Sin embargo, la realidad de nuestro empleo público presenta en este aspecto un desarrollo poco satisfactorio. En nuestro sistema, más que una política de personal, lo que se producen son decisiones políticas puntuales originadas como consecuencia del día a día de la gestión<sup>122</sup>. Son muchos los factores que en este punto convergen y

---

<sup>119</sup> PALOMAR OLMEDA, A.; *La planificación de los recursos humanos en el ámbito público*, Mc. Graw Hill, 1997, pág. 41.

<sup>120</sup> ILDEFONSO HUERTAS, R. M. y ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, P.; “Los instrumentos de ordenación de la burocracia pública”, pág. 171, en *Lecciones de Función Pública*, (Castillo Blanco, Dir.), CEMCI, 2003.

<sup>121</sup> Documento de la OCDE, Comité de la Cooperation Technique, Documento 87.4 al que se refiere PRATS y CATALÁ, J.; “Política, gestión y administración de recursos humanos en las administraciones públicas”, *Documentación Administrativa* nº. 210-211, pág. 123

<sup>122</sup> Así lo apuntan, entre otros, PRATS y CATALÁ, J. op. cit. pág. 123.; PALOMAR

que condicionan gravemente la elaboración objetiva de una política de personal adecuada. Además de la presión a la que se ve sometida la materia relacionada con el personal a causa de la presión ejercida por los diferentes grupos de intereses presentes en este ámbito, se da la circunstancia añadida de que para los gestores administrativos resulta irresistible la tentación de poner la vista en la consecución de resultados inmediatos que produzcan una recompensa en términos electorales, desatendiendo consideraciones y planteamientos a más largo plazo.

Por otra parte, las políticas de personal en el ámbito público se encontrarán siempre participadas o atravesadas por una característica propia de las administraciones: la planificación o la adopción de políticas de personal es más difícil en las administraciones públicas que en las empresas privadas debido a que las organizaciones privadas dirigen sus objetivos y su política de personal al logro de la eficacia y de la eficiencia y, de la contraposición con los objetivos de los trabajadores que velan por la salvaguarda de sus derechos, surge un equilibrio que resulta beneficioso para el funcionamiento de la empresa o de la organización<sup>123</sup>. Pero la traslación de estos equilibrios al ámbito del empleo público no se produce fácilmente, ni puede, por otra parte, ser automática.

En las administraciones públicas los principios de eficacia y eficiencia, deben tener asignado un papel importante. Pero, estos valores adquieren una dimensión más amplia en el contexto público, pues no se cifran sólo en una satisfactoria contabilización económica, sino también en el desarrollo de determinadas políticas y en el mantenimiento de determinados servicios reputados de interés social<sup>124</sup>. Las

---

OLMEDA, A, op. cit. pág.42, CASTILLO BLANCO, F. op. cit. 35.

<sup>123</sup> PRATS i CATALÁ, J.; op. cit. pág. 125.

<sup>124</sup> A este respecto, resulta de interés la reflexión de PRATS, op. cit. pág. 128, acerca de esos servicios de los que se observa la tendencia a su mantenimiento de modo que la Administración desarrolla unas actividades que, por ser socialmente necesarias, se mantienen en el tiempo, “no pueden desaparecer”. Ello explica en buena parte la especial percepción que los propios empleados públicos pueden tener de su propio trabajo que es sin duda diferente al ámbito privado y ello se traduce en la existencia de determinadas características a las que se está haciendo referencia.

administraciones no orientan su actividad a la búsqueda de un beneficio económico, y ello a pesar de que, desde luego, se busque la adecuación de su funcionamiento y de su utilidad de modo que sus servicios no resulten deficitarios. Pero, en cualquier caso, habrá que convenir que, no orientándose al beneficio, ni al producto, la medición o la interpretación de la eficacia y de la eficiencia no es siempre fácil y por lo tanto, tampoco lo es la implantación de una política de personal. Las propias cuestiones de personal en el empleo público, al verse influidas por la incidencia que sobre ellas producen políticas económicas adoptadas por los dirigentes públicos, políticas presupuestarias, políticas de empleo, políticas de estabilidad.....etcétera<sup>125</sup>, ponen de manifiesto que el propio trabajo público se convierte en el medio para la satisfacción de éstas. Así pues, puede decirse que el trabajo, en sí mismo considerado, es “el fin de varias políticas públicas”<sup>126</sup>.

Otra circunstancia importante, propia de la Administración pública y muy relacionada con la planificación de los recursos humanos como instrumento de potenciación de la eficacia, es la relativa a las cuestiones de responsabilidad. En una organización privada no es que no puedan existir desajustes o incluso políticas desacertadas en materia de personal, tanto en la selección, como en la movilidad o la amortización de puestos de trabajo, pero, en cualquier caso, siempre existe un mayor control sobre las políticas adoptadas porque siempre existe una personificación de la responsabilidad al recaer sobre una concreta persona o un equipo de trabajo que es en última instancia quien debe responder frente a la titular de esa organización para dar cuenta de los resultados alcanzados. En las organizaciones públicas, la responsabilidad es predicable de los gobiernos y se trata más bien de una

---

<sup>125</sup> Estas cuestiones las destaca PALOMAR OLMEDA cuando afirma que “no puede haber una verdadera planificación ni programación sin un cierto compromiso de los elementos económicos” *Planificación de los recursos humanos en el ámbito público*, Madrid, 1997, pág. 44. Igualmente, PRATS CATALÁ, J., menciona los efectos que determinadas políticas, algunas de ellas de claro contenido económico producen en el empleo público. Así, menciona la política presupuestaria y señala que ésta, por ejemplo, influye fuertemente en la congelación de las retribuciones, las tasas de reposición de efectivos....las políticas de empleo pueden incidir en la oferta de empleo público, en los mecanismos de estabilización del personal....

<sup>126</sup> SUPLOT, op. cit. pág. 715.

responsabilidad política que no es predicable de los profesionales de la Administración<sup>127</sup>, con ello se hace más difícil el seguimiento de las decisiones que se adoptan en materia de personal.

A pesar de estas dificultades, las políticas de personal buscan instrumentos favorecedores de una mayor agilidad, previsión y adecuación del empleo público. Al favorecerse la eficiencia se contribuye en gran medida a la consecución a unos mayores grados de eficacia en la Administración Pública. Pero indudablemente el trabajo en el sector público se orienta, de una manera más o menos directa, según los sectores, a la satisfacción de un servicio público. Recordamos que la medida de la eficacia en el ámbito público nos la dará la adecuación más o menos satisfactoria del interés público. La determinación y la cuantificación de eso mismo resulta de compleja realización<sup>128</sup>.

Pues bien, esta es la perspectiva desde la que se acomete el estudio de los diferentes elementos de planificación de los recursos humanos en el empleo público. Dos instrumentos capitales para la planificación de los recursos humanos en las administraciones públicas son los planes de empleo y la oferta de empleo público. Junto a ellos, se debe hacer referencia igualmente a las relaciones de puestos de

---

<sup>127</sup> Haciendo referencia a idéntica cuestión, aunque en un contexto diferente, pueden verse las reflexiones de ALFONSO MELLADO, C.L. y PEÑA OBIOL, S.; “De nuevo el trabajador indefinido no fijo. Ahora en supuesto de cesión ilegal de trabajadores.”, *Revista de Derecho Social*, nº 22, 2003, pág. 167 y 168, desde esas páginas, los autores, haciendo referencia a los supuestos de celebración de contratos temporales irregulares en la Administración, ponen de manifiesto lo útil que resultaría la posibilidad de que existiera algún mecanismo según el cual poder exigir responsabilidades a los gestores de personal que hayan realizados contrataciones fraudulentas como consecuencia de las cuales se deriven efectos perjudiciales para la administración. Algo que podría considerarse próximo o al menos en la línea de esta exigencia de responsabilidad, podría ser el establecimiento de sistemas de control. Por ejemplo, recientemente, la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE) introduce un mecanismo de control de la eficacia al margen de los de carácter económico que supone un avance sustantivo y del que se ha instado la necesidad de su implantación inmediata; PALOMAR OLMEDA, A.; “Oferta de empleo público, la plantilla y la relación de puestos de trabajo”, pág. 396.

<sup>128</sup> Téngase en cuenta, por ejemplo, que el contenido de este interés social es definido en cada momento desde instancias políticas, esto es, se encuentran sujetas a la definición que en cada momento, y con el respeto obviamente debido a la Constitución y las leyes, le quieran dar los

trabajo que son un instrumento de ordenación importante en el capítulo de la política de personal.

- a) La Oferta de Empleo Público como expresión formal de la política de personal.

La referencia a la Oferta de Empleo Público (OEP) y su configuración como instrumento de ordenación y racionalización, aparece en la Ley 30/1984, de 2 de agosto de medidas de reforma de la función pública. Concretamente, su definición legal se encuentra en el artículo 18 de la mencionada ley. Pero este instrumento se ha visto reiteradamente sometido a modificaciones legales. En primer lugar, el art. 18 fue modificado por la Ley 4/1990 de 29 de junio para reducir el ámbito de inclusión que la OEP comprendía. Así, de un momento inicial en el que se establecía que la OEP debía contener necesariamente todas las plazas dotadas presupuestariamente que se hallaran vacantes, se establecerá que la Oferta de Empleo Público de la Administración del Estado, de sus organismos autónomos y de la Administración de la Seguridad Social sólo incluirá las plazas vacantes dotadas cuya previsión se considere necesaria.

Andando en el tiempo, la incidencia legislativa sobre la Oferta de empleo alcanzará un grado mayor, si cabe, cuando la Ley de Presupuestos Generales para el año 1993 (Ley 38/1992, de 29 de diciembre) suspendió el art. 18 de la Ley 30/84 en lo relativo a la necesidad de que la oferta contenga la totalidad de las plazas dotadas presupuestariamente y a la obligación de convocatoria en el primer trimestre del ejercicio presupuestario, e inició un camino por el que discurrirían en lo sucesivo las Leyes de Presupuestos de los ejercicios posteriores. Se fue acuñando una fórmula que se repitió sucesivamente y según la cual, pese a la suspensión de la oferta de empleo público, estaba prevista excepcionalmente la posibilidad de que el gobierno dentro de las disponibilidades presupuestarias, pudiera autorizar la convocatoria de las plazas vacantes que se considerase que podrían afectar al funcionamiento de los

---

diferentes partidos en el gobierno.



servicios públicos esenciales.

Para el año 2003, haciendo uso de esta consolidada tendencia, la Ley 52/2002, de 30 de diciembre, vuelve a señalar que las convocatorias de plazas para ingreso de nuevo personal se concentrarán en los sectores, funciones y categorías profesionales que se consideren prioritarios o que “afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales”. No obstante, en el 2003 se ha elevado la tasa de reposición de efectivos hasta un máximo del 100%, abandonando la tendencia de las anteriores previsiones que estaban en torno al 25%. Según se justifica en la Exposición de Motivos, las restricciones mantenidas a lo largo de seis ejercicios consecutivos, han dado resultados y en el momento actual lo que se considera prioritario es la consolidación del empleo y la reducción de la temporalidad en las administraciones públicas, por ello deberán incluirse en la oferta anual todos los puestos y plazas desempeñados por interinos nombrados y contratados durante los dos ejercicios anteriores.<sup>129</sup> La Administración debe evaluar con carácter anual sus necesidades de personal, lo primero que debe hacerse para la cobertura de esas necesidades es utilizar los efectivos de personal disponibles mediante procedimientos de provisión, promoción interna o movilidad, redistribución y reasignación de efectivos. Una vez agotados estos mecanismos, la Administración “podrá ofertar al mercado” pero siempre que exista crédito presupuestario y se considere conveniente su cobertura durante el ejercicio<sup>130</sup>.

La oferta de empleo público cumple, con mayor o menor compromiso, el cometido de servir de instrumento de planificación de perfiles macroestructurales

---

<sup>129</sup> En esta línea se inserta el Acuerdo Administración-Sindicatos para el periodo 2003-2004, para la modernización de la Administración Pública, (BOE 18 de noviembre, 2002), que dedica un Título IV a la regulación de determinadas medidas para favorecer la estabilidad en el empleo público. Dichas medidas se concentran en procesos de consolidación definitiva del empleo temporal de naturaleza estructural anterior a diciembre de 1998, en medidas de estabilización y control de la temporalidad (Capítulo XII), y en medidas relativas a los puestos del personal indefinido e indefinido no fijo.

<sup>130</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M.; *Derecho de la Función Pública*, 1996, pág. 108.

para la satisfacción de las necesidades públicas de cualquier organización<sup>131</sup>. En ella queda reflejada la dirección de la política de personal y los muchos condicionantes de los que ésta se encuentra rodeada. En cuanto a su naturaleza jurídica, es un acto administrativo que agota sus efectos con la celebración de las pruebas selectivas tendentes a dotar de personal las plazas ofertadas<sup>132</sup>. Pero la oferta de empleo público no tiene un valor meramente informativo. No es un acto de trámite sino que constituye un requisito necesario para el proceso de selección y además, al ser un acto administrativo o resolución de carácter general, crea legítimas expectativas que no pueden dejar de satisfacerse<sup>133</sup>. De modo que la aprobación de la oferta de empleo público vincula a la Administración y a pesar de que hoy haya desaparecido la expresa obligación de proceder a las convocatorias en un plazo máximo, como se preveía en la Ley 30/1984, puede entenderse que las convocatorias deben producirse dentro del ejercicio presupuestario, dado el carácter anual de la oferta de empleo.

Este carácter anual que reviste la oferta de empleo, resulta ser además un elemento que dificulta la planificación en el medio plazo. Dada la vinculación de la oferta de empleo a las leyes de presupuesto<sup>134</sup>, resulta imposible la aprobación de una oferta de empleo de carácter plurianual. Se favorece la desconexión entre la oferta de empleo público y la planificación de las necesidades que se realice en cada organización con lo que es posible que no se aprueben en la oferta las vacantes

---

<sup>131</sup> Así lo destaca PALOMAR OLMEDA, Planificación....op. cit. pág. 50 que además apunta el carácter fragmentario que posee la OEP en nuestro sistema: "cualquier intento futuro de reorganización pasaría por dotar a la oferta de empleo público de una operatividad global sobre el conjunto del mismo en el marco de un compromiso económico previamente fijado y definido".

<sup>132</sup> ILDEFONSO HUERTAS R. M. y ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, P.; "Los instrumentos de ordenación de la burocracia pública", en *Lecciones de función pública*, CEMCI, 2003, pág. 175.

<sup>133</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M.; pág. 109.

<sup>134</sup> Indudablemente se ha aplicado en la doctrina de los Tribunales de Justicia esta limitación establecida por las Leyes de presupuestos del Estado en las Oferta de empleo público. Véase, por ejemplo, la STSJ Castilla La Mancha, de 20 de noviembre de 1999, (AS. 3804) que en materia de convocatoria de plazas de nuevo ingreso recuerda la necesidad de cumplimiento de los límites establecidos en la Ley de Presupuestos vigente. De manera que si el total de plazas convocadas supera la regla del 25% que resulte por aplicación de la tasa de reposición de efectivos, sería necesario anular la convocatoria.

requeridas. Esta circunstancia ha sido señalada cómo una de las posibles causas de que, en respuesta a esta insuficiente atención a sus necesidades, las organizaciones públicas recurran a las contrataciones temporales o a la subcontratación<sup>135</sup>.

Pero, un dato importante que condiciona absolutamente la virtualidad de la oferta de empleo público es que ésta se encuentra enmarcada dentro de la figura de los planes de empleo en el art. 18. Así se desprende de la regulación que recibe la misma en el apartado 4 de este artículo 18 que, estando centrado en la regulación de los planes de empleo, dedica el mencionado apartado a la OEP para establecer “que las necesidades de recursos humanos dotadas (con asignación presupuestaria) que no puedan ser cubiertas con los efectivos de personal existentes serán objeto de Oferta de Empleo Público”<sup>136</sup>. Con ello, se ponen de manifiesto algunas realidades vinculadas a la oferta de empleo como lo es el hecho de que ésta ha ido progresivamente perdiendo fuerza reguladora en favor de otros instrumentos de gestión, hasta llegar al punto de la entrada en escena de los planes de empleo que han redimensionado de forma completa su papel. Así, a pesar de que la oferta sigue constituyendo un elemento formal imprescindible en el proceso de cobertura de los puestos de trabajo en la Administración Pública, esto es, en los procedimientos de provisión de los puestos de trabajo, lo cierto es que la fuerte influencia presupuestaria con las consiguientes limitaciones, la incidencia irremediable por otra parte, que en ella tienen las políticas de control del gasto en materia de personal a través de las limitaciones en la tasa de reposición de efectivos, conduce a la conclusión de que la oferta de empleo representa más un papel formal que sustantivo en política de personal. Su operatividad real se encuentra hoy fuertemente condicionada por su carácter fragmentario ya que no incluye todos los efectivos

---

<sup>135</sup> VILLORIA MENDIETA, M. y DEL PINO MATUTE, E.; *Manual de gestión de recursos humanos en las Administraciones Públicas*, 1997, pág. 191.

<sup>136</sup> La STS de 29 de febrero de 2000, Sala de lo Contencioso Administrativo, (RJ. 3167), recuerda la obligación de incluir las plazas vacantes en la oferta de empleo público de aquellas plazas dotadas presupuestariamente que, encontrándose vacantes sin posibilidad de ser cubiertas con el personal disponible, vayan a ser objeto de convocatoria de pruebas selectivas.

reclutables y, sobre todo, no se cuantifican los empleos temporales<sup>137</sup>.

En cualquier caso, se puede decir que existen dos elementos esenciales en la configuración de la oferta, por un lado la existencia de dotación y por otro, aquel del que depende fuertemente este primero, que es la existencia de una decisión efectiva de cubrir un determinado puesto de trabajo. Es este último elemento el que nos lleva a la conclusión de que indudablemente los planes de empleo representan la figura que se ha querido potenciar como verdadero instrumento para la gestión de los recursos humanos en el empleo público. En paralelo, la oferta de empleo público ha ido experimentando la sucesiva reducción de su ámbito e importancia. Así pues, cualquier pretensión de conocer mejor los objetivos perseguidos en materia de planificación necesitará el complemento del estudio del resto de los instrumentos.

b) Los Planes de Empleo como mecanismo potencial para una efectiva política de personal.

Si la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas de Reforma de la Función Pública fue recibida con recelo por buena parte de la doctrina administrativa que la consideraba introductora, ya no sólo de mecanismos propios del mundo del trabajo o de la organización del trabajo privado, sino también de un léxico propio de este sector al que hasta aquel momento era ajeno al ámbito del derecho de la función pública, la introducción de los planes de empleo por obra de la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales de reforma de la función pública y del desempleo, suscitó una abierta animadversión en aquella doctrina que vio en ella un signo inequívoco de laboralización y abandono de los esquemas tradicionales de gestión<sup>138</sup>.

---

<sup>137</sup> PALOMAR OLMEDA, A.; "La oferta de empleo público, la plantilla y la relación de puestos de trabajo", ¿Revista del CGPJ?

<sup>138</sup> Por todos, pueden verse las críticas de MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, en *El ocaso de la función pública española: La reforma del régimen jurídico funcional de la Ley 22/1993, de 29 de diciembre*. Civitas, 1995.

Y es que se debe reconocer que, en parte ayudada por la poco acertada nueva redacción que recibe el art. 18 de la LMRFP, la figura de los planes de empleo hace una entrada en escena confusa, que recuerda, sobre todo por la configuración que inicialmente recibe, a los expedientes de regulación de empleo propios de derecho del trabajo<sup>139</sup>. Esta inicial perplejidad, comprensible por otra parte, se fue mitigando paulatinamente debido a las correcciones que se introdujeron posteriormente como luego se analiza, pero, en cualquier caso, no pueden negarse los orígenes, o al menos, la inspiración laboralista que la figura de los planes de empleo lleva consigo. Es más, si hubiera que destacar un instrumento de entre todos los que aparecen importados a este marco del empleo público desde el privado, los planes de empleo podrían ser el paradigma de todos ellos.

Los Planes de empleo se configuran como instrumento básico de la planificación global de la Administración Pública y son la raíz de novedosas posibilidades de movilidad interadministrativa e incluso de procesos de ajuste de los efectivos disponibles mediante procesos de reasignación de efectivos. En el sustrato de un Plan de Empleo se debe situar una reflexión estratégica que no será otra cosa que una valoración acerca de las necesidades de recursos humanos de la organización<sup>140</sup>. Así, habrá que evaluar las actividades dependientes de una determinada unidad para ponerlas en relación con los efectivos existentes. Al tiempo, se debe determinar la existencia o no de descompensaciones, si existe un excedente de personal, o si, por el contrario, en este aspecto se presentan carencias. Todas estas actividades de diagnóstico deben finalizar con una propuesta sobre los mecanismos que pueden contribuir a mejorar las situaciones descritas.

Un momento posterior es el de la necesaria “validación” o control acerca de las referidas conclusiones<sup>141</sup>. Para llevar a cabo esta tarea se hace precisa la

---

<sup>139</sup> Así lo destaca PALOMAR OLMEDA, La planificación.....op. cit. pág. 66.

<sup>140</sup> PALOMAR OLMEDA, op. cit. pág. 68

<sup>141</sup> “La validación en el seno de las administraciones públicas es esencialmente un proceso de normalización y contraste para evitar que pautas y cargas de trabajo homogéneas reciban

intervención de elementos institucionales que desarrollen las políticas de personal a un nivel global para toda la Administración General. También debe quedar apuntado que los planes de empleo, en un tercer momento, deben ser objeto de negociación con las organizaciones sindicales más representativas.

A este respecto se ha señalado que la negociación a la que se refiere la Ley 9/87 no debería versar sobre las necesidades que en materia de recursos humanos se planteen a la Administración, puesto que esta materia debería estar ya pacíficamente admitida en el momento de iniciar la negociación del Plan de Empleo. Así pues, parece que se trataría de una negociación dividida en diferentes fases. Primeramente se tratará de contar con la colaboración de los agentes sociales en esta tarea de diagnóstico a la que acabamos de hacer referencia y en este particular la ayuda de los mismos puede resultar de una enorme utilidad. Después, en un segundo momento, una vez que ha quedado consensuado y validado el diagnóstico, la negociación que se efectúe versará sobre el conjunto de medidas con las que se pretenda dar una solución a los problemas planteados<sup>142</sup>.

Con la aprobación de la Ley 22/1993, ha resultado ampliado el elenco de materias susceptibles de negociación colectiva en relación con la oferta de empleo público, los planes de empleo y los sistemas de ingreso, promoción y provisión de puestos de trabajo. No obstante, esta realidad que muestra una clara voluntad de acercamiento al empleo privado, se ha visto quebrada recientemente por la fuerza incontrastable de los hechos que han venido a demostrar la existencia de serias limitaciones de la negociación colectiva<sup>143</sup>.

---

valoraciones que no lo son y permitan una utilización de recursos humanos comparativamente disparada” PALOMAR OLMEDA, A.; op. cit. pág. 69.

<sup>142</sup> Nuevamente, en lo atinente a este punto vuelve a surgir la conveniencia de que la negociación se halle centralizada, dado lo complejo de la organización administrativa, que a estos efectos debe recibir un tratamiento más cercano al grupo de empresas, (PALOMAR OLMEDA, SALA FRANCO) y de este modo, desde el punto de vista de las representaciones sindicales que deben intervenir en esta negociación a la que estamos haciendo referencia, es conveniente que sean aquéllas que actúen en el nivel más centralizado posible para asegurar un resultado homogéneo.

<sup>143</sup> Hemos señalado ya los problemas que plantea considerar el derecho de negociación

El contenido de los Planes de Empleo puede ser bastante extenso. A decir del texto del artículo 18 de la Ley 30/84, los planes de empleo que se puedan elaborar podrán ir referidos tanto a funcionarios como a laborales y contendrán de forma conjunta las actuaciones a desarrollar para la óptima utilización de los recursos humanos en el ámbito al que afecten, dentro de los límites presupuestarios y de acuerdo con las directrices de política de personal.

Dentro de toda esta regulación general destaca la referencia que se hace a los supuestos en que las actuaciones estén previstas para el personal laboral en los Planes de Empleo. En estos casos, dichas actuaciones se desarrollarán de conformidad con la normativa laboral. Esto indica, primero, la pretensión de otorgar un carácter global a los recursos humanos en las administraciones públicas, en lo

---

colectiva como contenido esencial del derecho de libertad sindical. Esto, que en el plano de las relaciones laborales del empleo privado no plantea mayores problemas, es dificultoso en la Función Pública. El reconocimiento de la negociación colectiva en el ámbito funcional se produce por medio de la Ley ordinaria. Sin embargo, los términos en los que está recogida la posibilidad de la negociación colectiva en la citada Ley no configuran, ni mucho menos, un escenario paragonable al del empleo privado. En primer lugar porque el resultado de la negociación son los pactos y los acuerdos. Los primeros son referidos a materias sobre las cuales el sujeto negociador en representación de la administración tiene plena competencia por lo cual, los pactos tienen fuerza vinculante directa entre las partes una vez estipulados. Por el contrario, los acuerdos, al versar sobre materias que resultan ser de competencia del Consejo de ministros, del Consejo de gobierno de las Comunidades Autónomas, o de los órganos correspondientes de las EELL, precisarán la aprobación directa de dichos órganos para surtir efectos. No en vano respecto a los acuerdos, se ha llegado a afirmar que su negociación es pura y simplemente una fase en el proceso de formación de un acto administrativo que se elabora con la participación de las representaciones sindicales de los funcionarios. De otro lado, el fracaso en las negociaciones conduce a que sean los propios órganos de gobierno los que adopten unilateralmente en sus respectivos ámbitos la decisión de establecer las condiciones de trabajo, en una práctica que no encuentra su equivalente en el ámbito del empleo privado pues se consideraría una lesión a la autonomía colectiva, (art. 37.2 L. 7/1990). Finalmente se señala que las relaciones entre Ley y Pactos y Acuerdos no son más que una trasposición de las que rigen las relaciones entre Ley y Reglamento. De modo que son variados los problemas que se plantean en relación a la negociación colectiva dentro del régimen estatutario. Desde las relaciones entre la Ley y la negociación colectiva, que no pueden describirse de una forma nítida en tanto no se perfile con claridad el reparto competencial sobre las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, pasando por que sobre la negociación colectiva funcional se proyectan con especial intensidad dado el carácter público del empleador, el principio de igualdad y la protección de la objetividad y del interés general., hasta el planteamiento de problemas en torno a la diferente extensión de la garantía institucional de la negociación colectiva dependiendo de que se trate de personal laboral o funcionario.

relativo a su organización y planificación, todo ello sin perjuicio de que ulteriormente, cuando se deba llevar a cabo lo previsto en el plan, lo que se deba realizar se ajuste a la normativa específica que corresponda, esto es, para el personal funcionario la normativa reguladora será administrativa y para el laboral será la normativa propia del derecho del trabajo<sup>144</sup>.

En cualquier caso el contenido de los planes puede llegar a ser amplio y referirse a una especial variedad de aspectos. La Ley se refiere a las diferentes previsiones o medidas que los planes de empleo pueden contener. Previsiones sobre modificación de estructuras organizativas y de puestos de trabajo. Suspensión de incorporaciones de personal externo al ámbito afectado, tanto las derivadas de oferta de empleo como de procesos de movilidad. Reasignación de efectivos de personal. Establecimiento de cursos de formación y capacitación. Autorización de concursos de provisión de puestos limitados al personal de los ámbitos que se determinen. Medidas específicas de promoción interna. Prestación de servicios a tiempo parcial. Necesidades adicionales de recursos humanos que habrán de integrarse, en su caso, en la Oferta de Empleo Público<sup>145</sup> y otras medidas que procedan en relación con los objetivos del Plan de Empleo. Queda también hecha una referencia al ámbito temporal que se puede abarcar, porque la Ley obliga a que las memorias justificativas de los planes de empleo contengan las referencias temporales que procedan en relación con las medidas y las previsiones que en ellos se establezcan.

Dado el contenido extenso que los Planes de Empleo pueden llegar a tener y lo polémico de determinadas medidas que en ese marco se pueden llegar a adoptar, no

---

<sup>144</sup> De este modo encontramos en este caso un ejemplo más de la posibilidad de acometer una regulación unitaria del empleo público sin desconocer las diferencias existentes entre los diferentes regímenes existentes en ese empleo público.

<sup>145</sup> Desde esta perspectiva se percibe que la oferta de empleo público pierde buena parte de su papel como instrumento de ordenación de los recursos humanos en la administración toda vez que aparece integrada dentro de los planes de empleo, como un elemento más entre muchos otros. Por eso se ha señalado que reciben a partir de este momento un papel que le es encomendado mucho más residual en función de lo que resulte señalado en el correspondiente Plan de Empleo, Vid. *Manual de Formación Continua de Empleados públicos*, CCOO, Federación Sindical de



es extraño que existan serias dudas acerca de su efectiva aplicación en todas las administraciones públicas. Téngase en cuenta además, que en nuestro sistema no existe una tradición de planificación y que en ese sentido se puede decir que estamos dando los primeros pasos<sup>146</sup>. Pero un elemento de mejora de las perspectivas lo constituyó el Acuerdo Administración Sindicatos de 16 de septiembre de 1994, pues el mismo hizo posible que los planes de empleo tuvieran vida real en las Administraciones al ser aceptado por las organizaciones sindicales admitiéndose de este modo “su potencial carácter racionalizador del empleo público<sup>147</sup>”.

Con posterioridad a la entrada en vigor de este nuevo art. 18 de la LMRFP, se aprobó un nuevo Reglamento General de Ingreso del personal al servicio de la administración general del estado, mediante Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo. En el art. 2 de esta norma se hace una expresa referencia a la planificación de los recursos humanos regulando algunas cuestiones relativas a los planes de empleo previstos en la Ley. Así, se especifica que los planes de empleo, tanto si tienen carácter departamental, como interdepartamental, podrán adoptar dos modalidades: los Planes Integrales de Recursos Humanos y los Planes Operativos de Recursos Humanos.

Los Planes Integrales de Recursos Humanos serán el instrumento básico de planificación global de los recursos humanos en los ámbitos correspondientes. En ellos se especificarán los objetivos que se persiguen en materia de personal, los

---

Administración Pública, 1997, págs. 59-60.

<sup>146</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M.; op. cit. pág. 112, señala como factores que pueden resultar decisivos en las dificultades reales para la efectiva aplicación de los planes de empleo, las fuertes resistencias de los propios funcionarios que pudieran resultar afectados por un Plan de Empleo, en concreto por una reasignación de efectivos. Ello es explicable desde el fuerte arraigo “que la idea de inamovilidad tiene en nuestra burocracia”. No obstante, el mismo autor señala que “esto no debe llevar a descalificar el instrumento en sí, pues no cabe duda de que la estructura burocrática no debe permanecer rígida e insensible al cambio de las circunstancias y de las tareas públicas.”

<sup>147</sup> PALOMAR OLMEDA, A.; La planificación...op. cit. págs. 66 y 67; en el mismo sentido: VILLORIA MENDIETA, M. y DEL PINO MATUTE, E.; *Manual de gestión de recursos humanos en las Administraciones Públicas*, 1997, pág. 192.

efectivos y la estructura de recursos humanos que se consideren convenientes para cubrir dichos objetivos, las medidas necesarias para transformar la dotación inicial que resulte acorde con la que se pretenda y las actuaciones necesarias al efecto, especialmente en materia de movilidad, formación y promoción. Por otra parte están los Planes Operativos de Recursos Humanos que se podrán desarrollar, según se establece en el art. 2.1 RD 364/95, dentro del ámbito de un plan integral o bien con independencia de los mismos. Estos planes operativos persiguen una mejor utilización de los recursos humanos y para ello, determinan las previsiones y medidas a adoptar sobre movilidad, redistribución de efectivos y asignación de puestos de trabajo. Con la diferenciación a la que acabamos de aludir se establece por una parte la planificación de alcance general<sup>148</sup>, y por otra, la planificación de carácter inmediato que puede requerirse como consecuencia de “desajustes coyunturales, previsiblemente de carácter externo y no programados”.

En lo relativo a los procedimientos reguladores del proceso de elaboración y aprobación de los planes de empleo, la Ley 22/1993, de 26 de noviembre, regula únicamente el proceso de elaboración de los planes de empleo en la Administración General del Estado. Siguiendo a PALOMAR OLMEDA, se pueden aislar tres fases en el mismo. La iniciativa corresponde al Ministerio u organismo afectado o, conjuntamente, a los Ministerios para las administraciones públicas y de Economía y Hacienda que tiene funciones y competencias horizontales. El contenido del plan debe negociarse de conformidad con el procedimiento analizado, no existen, por lo demás, previsiones detalladas sobre la tramitación, de ahí que quepa deducirse el carácter antiformalista de la misma. Ahora bien, el hecho de que se deba acompañar el Plan de Empleo de una Memoria explicativa, permite establecer algún tipo de control.

Las medidas que pueden contenerse en un Plan de Empleo son muy numerosas. Como ya se ha destacado, estas medidas podrán afectar a los funcionarios, pero

---

<sup>148</sup> *Estratégica*, a decir de PALOMAR OLMEDA, op. cit. pág. 68.

también se podrán adoptar medidas que afecten al personal laboral<sup>149</sup>. Entre las medidas correspondientes al personal funcionario, puede diferenciarse entre aquellas relativas a la movilidad y aquellas otras medidas de redimensionamiento incentivado. Las medidas tendentes a favorecer la movilidad pueden abarcar desde la suspensión de incorporación de personal de nuevo ingreso hasta la reasignación de efectivos. Esta última medida se compone de tres fases que se corresponden, primero con el intento de reasignar a los afectados dentro del mismo departamento ministerial, en un segundo momento o fase, ya será el Ministerio de Administraciones Públicas el órgano encargado de buscar puesto dentro otros departamentos u organismos, y en la tercera fase, aquellos efectivos que no hubieran podido ser reubicados se situarán en expectativa de destino, hasta que, transcurrido un año sin encontrar un destino para el funcionario afectado, ésta pasará a la situación de excedencia forzosa. Por otra parte, están las medidas de redimensionamiento incentivado, que pueden ser, bien la excedencia voluntaria incentivada, la jubilación incentivada, las medidas de promoción interna y las relativas a la jornada de trabajo, especialmente el posible establecimiento de puestos de trabajo con jornada parcial<sup>150</sup>.

En el ámbito del personal laboral, la operatividad de los planes de empleo se encuentra con una cuestión preliminar que condiciona la posterior aplicación y es que hay que contar con la independencia de cada órgano administrativo contratante de personal laboral, lo que obliga a considerar cada departamento como a una empresa autónoma<sup>151</sup>. En general, en el ámbito del personal laboral hace falta un

---

<sup>149</sup> Desde una perspectiva jurídica, en relación con el posible contenido de los planes de empleo, se ha planteado la inconstitucionalidad de estos instrumentos porque quiebran el principio de reserva de ley si de ellos se deriva la necesidad de adoptar medidas previamente no contempladas en las leyes. A este respecto, sin dejar de atender a la seria objeción que ello representa, PALOMAR OLMEDA, ha respondido señalando que las medidas que puedan darse dentro de un Plan de Empleo, lógicamente, consistirán en la aplicación de las normas y el empleo de los instrumentos preexistentes lo cual no consistirá una innovación legislativa.

<sup>150</sup> Véase el último Acuerdo Administración Sindicatos, para 2003-2004 que incluye medidas de este tipo.

<sup>151</sup> El Acuerdo Administración Sindicatos de 1994, propuso la homogeneidad entre convenios a la hora de tratar situaciones semejantes y la búsqueda de homogeneidad en las categorías

análisis de la normativa laboral y su puesta en relación con las posibles medidas dentro del Plan de Empleo, todo ello en un contexto de planificación del personal. En este aspecto son posibles, tanto las medidas de redimensionamiento obligatorio a través del despido colectivo (art. 51 ET), o a través del despido objetivo (art. 52 ET)<sup>152</sup>. Y al propio tiempo son posibles las modificaciones de las condiciones de trabajo a través de la movilidad funcional y la modificación de las condiciones de trabajo (arts. 39 y 41 ET, respectivamente). Finalmente, caben también las medias de redimensionamiento incentivado como la jubilación o la excedencia incentivadas. Pero, de nuevo, la puesta en marcha de cada una de las mencionadas actuaciones exigirá una toma en consideración global y la necesidad de armonizar la normativa laboral reguladora de las mismas con el contexto administrativo en el que van a ser aplicadas.

c) Las Relaciones de Puestos de Trabajo como instrumentos para la flexibilidad que aportan rigidez

Las relaciones de puestos de trabajo contribuyen a la clasificación de los puestos de trabajo, lo que constituye un instrumento esencial de los modelos abiertos de función pública propios de sistemas anglosajones en los que la selección se realiza para un concreto puesto de trabajo. A estos modelos se contraponen los modelos cerrados o de carrera que, tradicionalmente, han inspirado nuestro sistema de función pública<sup>153</sup> y en los que la selección se efectúa para ingresar en un cuerpo en el que se desarrollará por completo la carrera del empleado el cual, a través de la experiencia, de la progresiva superación de distintas fases o por el simple paso del tiempo, irá desempeñando progresivamente los puestos más elevados. La introducción de las relaciones de puestos de trabajo en nuestro sistema de empleo público a partir de la entrada en vigor de la LMRFP, se criticó por parte de la

---

profesionales de los distintos convenios. Actualmente, debe tenerse en cuenta el Convenio Colectivo Único para la Administración General del Estado.

<sup>152</sup> Sobre estas cuestiones, más en extenso, se detiene el Capítulo IV de este trabajo.

<sup>153</sup> Puede verse lo referido acerca de este particular en el C1º así como las consideraciones sobre el particular de PALOMAR OLMEDA y de SÁNCHEZ MORÓN.

doctrina que entendió que aquéllas representaban de hecho una desvirtuación del modelo de carrera. Pero, con las relaciones de puestos de trabajo lo que se intentaba era introducir algún elemento corrector en un modelo cerrado<sup>154</sup>, no significando en absoluto su utilización que nuestro legislador hubiera optado por el modelo abierto o americano.

Según el esquema resultante de la LMRFP, las Relaciones de Puestos de Trabajo constituyen el principal elemento organizativo con que cuenta la Administración para la gestión de sus recursos humanos y aún más, para la organización administrativa. Y es que, sobre el papel, éstas son la pieza clave en la que se asienta la organización pública<sup>155</sup> ya que en ellas se debe contener la adscripción de los puestos, bien a personal laboral, bien a funcionarios, la forma de provisión de los puestos, las retribuciones complementarias y otra serie de datos. Esto es, las Relaciones de Puestos de Trabajo están pensadas para que, de manera conjunta o separada, comprendan los puestos de trabajo del personal funcional en cada centro, el número y las características de los que puedan ser ocupados por personal eventual, así como aquellos otros que puedan desempeñarse por personal laboral. Y en cuanto a su contenido concreto, además, el art. 15.1 b) LMFRP indica que las Relaciones de Puestos de Trabajo deben hacer referencia a la denominación y características esenciales de los puestos, los requisitos exigidos para su desempeño<sup>156</sup>, así como el nivel de complemento de destino, en su caso, el complemento específico que corresponda a los mismos, cuando hayan de ser

---

<sup>154</sup> “El modelo español no opta ni por el sistema de selección pensado para una estructura de cuerpos, ni por el sistema de provisión de puestos de trabajo estrictamente considerado. El modelo español no acepta el modelo abierto o americano, sino que lo que ha pretendido es atemperar la excesiva rigidez del modelo de carrera mediante la utilización de las técnicas del otro modelo”, PALOMAR OLMEDA, *Derecho de la Función Pública*, pág. 363.

<sup>155</sup> Efectivamente, el art. 15 LMRFP, establece que las RPT de la Administración del Estado son el instrumento técnico a través del cual se realiza la ordenación del personal, de acuerdo con las necesidades de los servicios y se precisan los requisitos para el desempeño de cada puesto en los términos que se exponen en el mismo artículo.

<sup>156</sup> En este punto es donde cabría incluir, en su caso, la salvedad de que el puesto en concreto se encuentre exceptuado del principio de libertad de circulación de trabajadores dentro del territorio de la Unión Europea. A ellos nos hemos referido al estudiar el ámbito de extensión de la excepción prevista en el art. 39.4 TCCEE.

desempeñados por personal funcionario, o la categoría profesional y régimen jurídico aplicable cuando sean desempeñados por personal laboral.

Una cuestión directamente relacionada con el contenido de las relaciones de puestos de trabajo y que reviste gran importancia es la relativa a la determinación de los puestos de trabajo de la Administración Pública que pueden ser desempeñados por personal laboral. Como se sabe, la regla contenida en el art. 15.1 c) LMRFP, establece que con carácter general, los puestos de trabajo de la Administración General del Estado serán desempeñados por funcionarios públicos. Pero, de esta regla general se exceptúan determinados puestos de trabajo<sup>157</sup> que aparecen enumerados en ese artículo y que, como también es sabido, configuran un elenco de supuestos expresado en unos términos señaladamente laxos o amplios, de manera que la interpretación que cabe hacer de los mismos puede ser una interpretación generosa<sup>158</sup>.

Más allá del contenido que deban tener, en las relaciones de puestos de trabajo deben fundamentalmente quedar consignados los diferentes puestos de trabajo ya que ello constituye el elemento indispensable que hará posible su provisión posterior. Una de las más llamativas novedades que introdujo la LMRFP fue la adscripción indistinta de los puestos de trabajo para todos los funcionarios que estuvieran dentro del ámbito de aplicación de la Ley, de manera que en este sentido, las relaciones de puestos de trabajo serán el instrumento técnico a través del cual

---

<sup>157</sup> La Ley incluye en la excepción: a) Los de naturaleza no permanente y aquellos cuyas actividades se dirijan a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo. b) Los puestos cuyas actividades sean propias de oficios, así como los de vigilancia custodia, porteo y otros análogos. c) Los puestos de carácter instrumental que correspondan a las áreas de mantenimiento, conservación de edificios, equipos, instalaciones, artes gráficas, encuestas, protección civil y comunicación social, así como los correspondientes a áreas de expresión artística y los vinculados directamente a su desarrollo, servicios sociales y protección de menores. d) Los puestos correspondientes a áreas de actividad que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan Cuerpos o Escalas de funcionarios cuyos miembros tengan la preparación específica necesaria para su desempeño. e) Los puestos de trabajo en el extranjero con funciones administrativas de trámite y colaboración y auxiliares de carácter instrumental y apoyo administrativo (este último apartado fue incluido por la Ley 42/1994).

<sup>158</sup> Al particular se hizo referencia en el correspondiente epígrafe del Capítulo I de este trabajo.

esta medida se materialice. Pero es preciso señalar que a este respecto, se permitía, de manera excepcional, que algunos puestos de trabajo concretos, en atención al contenido de las funciones, se pudieran adscribir a un determinado cuerpo o escala. Para ello será precisa la determinación del Gobierno a propuesta del Ministro para las Administraciones Públicas como efectivamente ha sucedido y de una manera no muy restrictiva pues, en la actualidad, es significativo el volumen de puestos de trabajo que aparecen reservados a determinados Cuerpos como, Abogados del Estado, Diplomáticos, Inspectores, Letrados de la Seguridad Social....entre otros<sup>159</sup>.

Las relaciones de puestos de trabajo son públicas<sup>160</sup>. Se pueden elaborar en cada centro gestor, entendiendo por tal cada unidad con nivel orgánico o asimilado a Dirección General o Superior, los propios Departamentos Ministeriales podrán decidir la configuración independiente de cada unidad, o bien su incorporación a las relaciones generales. Su aprobación corresponde conjuntamente en el ámbito central, a los ministerios de Administraciones Públicas y Hacienda. Se ha destacado desde muchos sectores doctrinales el alto grado de discrecionalidad del cual gozan las administraciones públicas en la elaboración de las relaciones de puestos de trabajo.<sup>161</sup> Sin embargo, es posible que exista cierta colusión con la obligatoriedad de negociación de las mismas con los agentes sociales durante su proceso de elaboración<sup>162</sup>. Ello constituye un elemento conflictivo pues desde el momento en el que se considera que las relaciones de puestos de trabajo expresan la potestad

---

<sup>159</sup> PALOMAR OLMEDA, A; op. cit. pág. 367. Vid. las referencias efectuadas en el capítulo anterior sobre la polémica entre cuerpos especiales-cuerpos generales.

<sup>160</sup> Así, en relación al requisito de publicidad, la STS de 8 de enero de 2002, RJ. 2047, se pronuncia sobre este requisito con ocasión de la creación de una plaza. El Tribunal considera que una vez satisfechos los requisitos legales y presupuestarios para la creación de una plaza, los defectos de la convocatoria no tienen porqué afectar a la existencia misma de la plaza convocada. Puesto que la consideración de las RPT como disposiciones generales no excluye su verdadera sustancia de actos plúrimos e impide su consideración de verdaderos reglamentos, no resulta legalmente exigible que cualquier modificación de dichas relaciones deba ser publicada en el boletín, sino que basta con que pueda ser conocida por cualquiera que lo desee.

<sup>161</sup> ILDEFONSO HUERTAS, ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL; pág. 183.

<sup>162</sup> Puede verse el art. 32 b), d) y g) de la Ley 7/1990, de 19 de julio sobre negociación colectiva y participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos.

autoorganizativa<sup>163</sup> de la Administración respecto a los puestos de trabajo, es forzoso reconocer esa discrecionalidad a la que se hace referencia. En este sentido se expresan autores como PALOMAR OLMEDA que estiman positiva esta libertad de la que goza la administración en esta materia. Por el contrario, otros autores señalan la necesidad de un mayor control de esa discrecionalidad en orden a la evitación de abusos<sup>164</sup>. En cualquier caso, se reconoce que las administraciones públicas gozan de una potestad autoorganizativa en virtud de la cual pueden estructurar sus servicios de la forma que consideren más adecuada para su mayor eficacia. En esta facultad de autoorganización es característica la discrecionalidad que domina su ejercicio y que no debe confundirse con la arbitrariedad, “siempre prohibida”<sup>165</sup>. Así pues, aunque una de las notas definitorias sea la de la discrecionalidad, ello no significa que las Relaciones de Puestos de Trabajo puedan ser elaboradas sin límite alguno porque siempre habrá de tenerse en cuenta la cláusula general de sometimiento de todos los actos de la Administración a la ley y al Derecho<sup>166</sup>.

En definitiva, es posible sostener que las relaciones de puestos de Trabajo expresan la potestad autoorganizativa de la Administración respecto a la clasificación de los puestos de trabajo, de un modo similar a como lo hacen los sistemas de clasificación profesional en las empresas privadas. Los sistemas de clasificación se determinan mediante la negociación colectiva, así pues, del mismo

---

<sup>163</sup> A este respecto, vid. la STS de 13 de abril de 1999, RJ. 2813, sobre la potestad autoorganizativa de la Administración.

<sup>164</sup> MOREU CARBONELL, E.; “Las relaciones de puestos de trabajo en el proceso de reforma de las administraciones públicas”, *Revista de Administración Pública* nº 144, 1997

<sup>165</sup> FERREIRA FERNÁNDEZ, A.X.; *La provisión de puestos de trabajo en la Administración General del Estado*, INAP, 2002, pág. 114

<sup>166</sup> De manera señalada, los Tribunales han destacado los límites existentes a la potestad autoorganizativa de la Administración. Puede verse por ejemplo, la STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de febrero de 2000, (AS. 258), que resolviendo un recurso planteado contra la convocatoria de provisión por libre designación, recuerda la doctrina sobre las reorganizaciones funcionariales realizadas mediante las relaciones de puestos de trabajo. En estos casos, además de respetar los derechos adquiridos de los funcionarios, lo que se debe hacer es llevar a cabo esas reorganizaciones de forma justificada y razonable. En caso contrario, se estaría en presencia de un supuesto de arbitrariedad e, incluso, de desviación de poder.



modo, puede sostenerse la conveniencia de que las administraciones, a pesar de esta discrecional capacidad autoorganizativa, negocien con los representantes de los empleados las cuestiones relativas a las relaciones de puestos de trabajo.

Ello no obstante, no es una cuestión indubitada. La Ley 9/1987, dispone en el art. 32 que “será objeto de negociación la clasificación de puestos de trabajo” expresión que de algún modo recuerda al contenido, o al menos a una parte del contenido, de las relaciones de puestos de trabajo. Pero, al propio tiempo, el art. 34 del mismo texto legal excluye de la obligatoriedad de la negociación las decisiones de las administraciones que afecten a su potestad de organización. Esta excepción podría suponer un argumento para negar la obligatoriedad de negociar las relaciones de puestos de trabajo en el momento de su elaboración, ello unido, además, a la escasa regulación que rige la materia. Lo que podría sostener, por el contrario, la tesis de su negociabilidad se cifra en el segundo apartado del art. 34 LORAP que establece la procedencia de la consulta con las organizaciones sindicales, de ciertas decisiones que puedan tener repercusiones sobre las condiciones de trabajo. Obsérvese, ello no obstante, que en este apartado, la Ley no utiliza el término “negociación”, sino consulta. Esto es también indicativo de la existencia de no pocas dudas acerca de la posibilidad de una negociación abierta al respecto.

Controvertida resulta también la naturaleza jurídica de las Relaciones de Puestos de Trabajo. Se cuestiona su naturaleza de actos jurídicos<sup>167</sup> o bien de disposiciones administrativas de carácter general<sup>168</sup>. A este respecto, buena parte de

---

<sup>167</sup> Existe una postura doctrinal que entiende efectivamente que las RPT son actos administrativos con un destinatario plural, entre ellos puede verse; FONDEVILA ANTOLÍN, J.; “Nuevos aspectos sobre la naturaleza de las estructuras orgánicas y relaciones de puestos de trabajo. Jurisprudencia reciente”, *Revista Vasca de Administración Pública* nº 28, 1990; MORELL OCAÑA, L.; Curso de Derecho Administrativo, (tomo I), 1996.

<sup>168</sup> Esta posición doctrinal es mayoritaria, vid. MOREU CARBONELL, E.; “Las relaciones de puestos de trabajo en el proceso de reforma de las administraciones públicas”, *Revista de Administración Pública*, nº 144/1997; SÁNCHEZ MORÓN, M.; *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, 2001; De VICENTE DOMINGO, R.; *El puesto de trabajo en el derecho de la función pública*, 1997; FERREIRA FERNÁNDEZ, A.X.; *La provisión de puestos de trabajo en la Administración General del Estado*, INAP, 2002.

las dudas existentes en torno al particular son debidas a la ambivalente jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Supremo en la materia. En el momento presente, se puede decir que existe en la jurisprudencia algún reconocimiento expreso de la naturaleza normativa de estos instrumentos<sup>169</sup>, lo cual hará posible un mayor control sobre los mismos. Sin llegar a reconocerles la naturaleza de disposiciones de carácter general, a efectos de recabar su tutela ante los tribunales les había sido dispensado un trato como tales normas, pero, por otra parte, en alguna otra oportunidad, el Tribunal ha aclarado que ello no debe interpretarse en el sentido de que estos instrumentos tengan naturaleza reglamentaria<sup>170</sup>.

Se ha afirmado que las relaciones de puestos de trabajo no han cumplido con las expectativas que su aparición había generado, y ello debido a la confluencia de múltiples y complejos factores<sup>171</sup>, así, en muchos casos, las relaciones de puestos de trabajo han quedado reducidas a ser meros catálogos de puestos con alguna otra especificación más<sup>172</sup>. Sin embargo, se debe insistir en la idea de que las relaciones de puestos de trabajo encierran en sí la posibilidad de ser instrumentos útiles para la adecuada clasificación de los recursos de cara a la organización y, al tiempo, esconden el riesgo de convertirse en una seria rémora para el proceso de planificación. Posiblemente ello sea debido, no tanto a las relaciones de puestos de

---

<sup>169</sup> STS de 25 de abril de 1995 RJ. 3397, que se remite a jurisprudencia consolidada de la Sala contenida en SSTs de 14 de diciembre de 1990 (RJ 10163), 14 de julio de 1993 (RJ. 5641) y 28 de noviembre de 1994 (RJ. 9332). El Tribunal Supremo ha establecido la vocación normativa de las relaciones de puestos de trabajo y les ha otorgado el tratamiento propio de las disposiciones generales a efectos estrictamente procesales y para justificar que, a pesar de merecer la calificación de cuestiones de personal, las sentencias que recaigan sobre las mismas puedan ser apelables. Pero no por ello ha desconocido que “materialmente su verdadera naturaleza es la de actos plúrimos, con destinatarios indeterminados, de donde viene aquella vocación normativa, pero excluyendo en todo caso que sean auténticos reglamentos.”

<sup>170</sup> “su verdadera sustancia jurídico administrativa es la de los actos plúrimos, con destinatarios indeterminados, de donde viene aquella vocación normativa, pero excluyendo en todo caso que sean auténticos reglamentos” STS 26 de mayo de 1998, (RJ 5451), vid. las referencias efectuadas por Comunidades Autónomas, ILDEFONSO HUERTAS, R.M.; ROJAS MARTINEZ DEL MÁRMOL, P.; op. cit. pág. 187.

<sup>171</sup> Para ello nos remitiremos a lo que expone acertadamente PALOMAR OLMEDA, A.; *Derecho de la función Pública*, págs. 368 y ss.

<sup>172</sup> PALOMAR OLMEDA, A.; se refiere a ellas como “Catálogos singularizados”, op. cit. pág.

trabajo en sí mismas consideradas, sino a la propia estructura y dinámica de funcionamiento administrativa.

Dentro de este contexto generalizado de tendencia a la reforma administrativa, no se puede pasar por alto que lo relativo a los recursos humanos es elemento clave de todo el proceso. La necesidad de reestructuración del personal es evidente en un escenario social cambiante que somete a las administraciones públicas a nuevos retos. Puede decirse, además, que acerca de este punto existe unanimidad en la doctrina, pero las cosas cambian cuando además de efectuar un diagnóstico es preciso ponerse de acuerdo en señalar la dirección en la que poder avanzar para mejorar el estado de cosas. Sobre las posibles soluciones no hay acuerdo por el momento, y las propuestas efectuadas serán diferentes dependiendo no sólo de la rama jurídica del derecho desde la que provengan, sino incluso dentro de una misma disciplina, de la cultura administrativa en la que se hayan desarrollado.

Desde estas líneas se apunta a la planificación de los recursos humanos como un posible mecanismo de mejora y adaptación de las organizaciones públicas pero la cuestión es si las relaciones de puestos de trabajo encajan en él y reportan una utilidad suficiente como para considerar su idoneidad a estos efectos. A este respecto hay que señalar que probablemente presenten algún inconveniente debido a su carácter rígido y estático<sup>173</sup>. En efecto, la clasificación de puestos de trabajo no resulta excesivamente compatible con la movilidad e intercambiabilidad de efectivos personales cosa que hoy en día se presenta necesaria en el proceso de reordenación al que estamos haciendo referencia.

Ciertamente, en el empleo público no encajan bien determinados procedimientos extintivos que resultan propios del trabajo privado, pero ello no impide tomar en consideración algunas medidas de movilidad o de redistribución

---

<sup>173</sup> Así lo ha destacado PALOMAR OLMEDA, A.; op. cit., pág. 372.

que hagan posible “la reubicación de los recursos humanos disponibles en forma que no constituyan una carga para la organización sino que respondan a las verdaderas necesidades de ésta”<sup>174</sup>. En esta dirección, habrá que revisar el contenido del derecho al cargo en un intento de hacerlo más compatible con las necesidades planteadas al tiempo que no se desvirtúe la función tuitiva del interés de la estabilidad que la figura en cuestión proporciona. En definitiva, son muchos y diversos los aspectos que deben estudiarse, pero lo referente a las relaciones de puestos de trabajo el problema reside en el hecho de que éstas, dado el procedimiento administrativo que está detrás de su elaboración, presentan una posibilidad de reforma excesivamente lenta por estar sometidas a controles; ello dificulta la posibilidad de que éstas puedan desempeñar un papel de instrumento de cambio.

### 3.2.2 *Conclusión: luces y sombras de la planificación pública*

Una vez efectuado este recorrido sobre los instrumentos de gestión del personal más importantes, se pueden destacar los rasgos que caracterizan a cada uno de ellos en el concreto papel que desempeñan. Pero lo que resulta de mayor interés, es la posibilidad que se nos brinda a través de su estudio de obtener un conocimiento más amplio sobre la realidad de las políticas de personal en el empleo público. Así como se partía de la premisa de la absoluta necesidad de programar y coordinar los recursos humanos; así como se ponía el acento sobre los problemas de legitimación que pueden derivarse de una inadecuada organización de los medios personales con los que se cuenta para la efectiva realización de los objetivos que tienen señalados las administraciones en la actualidad; los diversos instrumentos de gestión analizados se encaminan hacia la satisfacción de dichas demandas.

No obstante, resulta imposible soslayar el elemento cualificador del escenario sobre el cual se pretende llevar a cabo una política concreta de personal. La

---

<sup>174</sup> PALOMAR OLMEDA, A.; op. cit. pág. 372.

naturaleza pública de la organización concernida, no es sólo que se encuentre en el origen de la necesidad de emprender una labor planificadora, es que también esa naturaleza pública se proyecta sobre el recorrido que los citados instrumentos efectúan. El necesario servicio a los intereses generales por parte de la Administración es a la vez el origen, la causa última que se halla detrás de todo el intento planificador, y al mismo tiempo lo podemos encontrar en todas y cada una de las peculiaridades, y también en todos y cada uno de los obstáculos con los que tienen que bregar los gestores y los estudiosos del empleo público.

La misma idea de planificar los recursos proviene de los ámbitos privados de gestión de los que se hicieron eco las estructuras administrativas con los procesos de aplicación de técnicas manageriales<sup>175</sup> al empleo público, pero al final del proceso, el resultado es que dicha planificación ha ido adquiriendo una naturaleza propia independizada de cualquiera que fuera su origen. Esta es la paradoja del empleo público: aquello que fundamenta su existencia es al mismo tiempo lo que imprime su lógica convirtiéndose, en ocasiones, en obstáculo insalvable. Por ello, la planificación de los recursos humanos habrá de hacer frente a cuestiones muy variadas pero con un denominador común a todas ellas, los controles, la validación de las decisiones adoptadas, en una palabra el procedimiento administrativo. He aquí la perenne tensión que se encuentra en esta tarea: la búsqueda de agilidad, de flexibilidad, de capacidad de adaptación, de ahorro, frente a la necesidad de control, de disponibilidades presupuestarias, de respeto a los procedimientos.

Desde esta visión tesis-antítesis se pueden valorar las críticas o las salvedades planteadas desde la doctrina frente a cada uno de los instrumentos de gestión. De la Oferta de Empleo Público, se destaca su progresiva pérdida de fuerza en favor de otros instrumentos como los planes de empleo a los que puede quedar supeditada. Se apunta también su carácter fragmentario como corresponde a organizaciones de

---

<sup>175</sup> Sobre los orígenes de la aplicación de estas técnicas, puede verse un interesante e ilustrativo enfoque en OJEDA AVILÉS, A.; "El empleo temporal en las administraciones públicas. (Una aproximación unitaria)", *Revista Española de Derecho Administrativo* n° 56, 1987, pág. 476.

gran volumen de personal y al riesgo de que las organizaciones respondan a la inadecuación buscando otras alternativas de reclutamiento temporal, por medio de personal subcontratado. Se apunta, por último, a la vinculación de la oferta con las leyes de presupuesto, como una explicación ante la imposibilidad de establecer ofertas plurianuales que respondan a una visión más estratégica, más a largo plazo.

Sobre los planes de empleo se ha hecho referencia a las serias objeciones de legalidad, y también a lo complejo de su proceso de puesta en marcha y desarrollo por cuanto su aplicación precisa un previo análisis estratégico. En otro orden de cosas, se objeta frente a los planes de empleo la existencia de los derechos adquiridos de parte de los empleados públicos, de los funcionarios, en una interpretación del contenido del derecho al cargo, garante de una inamovilidad absoluta. Pero, la consideración que merece más interés en el marco de este concreto estudio es aquella que se detiene sobre los problemas de homogeneización de las medidas a adoptar dentro de un Plan de Empleo determinado, que se refieran al personal laboral. Aquí se ven los problemas derivados de la diversidad de centros operativos que funcionan cada uno como una empresa, la posibilidad de acudir a los esquemas propios de los grupos de empresa, así como un largo etcétera de cuestiones sobre las que habrá oportunidad de detenerse en capítulos posteriores.

Por último, las relaciones de puestos de trabajo que representan en sí mismas, el prototipo de instrumento de gestión pública, ideado y enderezado a la mejor organización y gestión del empleo, sin embargo, presentan en su misma sustancia elementos que las hacen ser un mecanismo de elaboración lenta y procedimentalizada, un mecanismo que aborda los efectivos existentes desde una visión estática de los mismos, lo que puede chocar con la necesidades puntuales de adaptación que, por definición, deben producirse con agilidad. ¿Cómo pueden hacerse compatibles una finalidad y una naturaleza siendo ambas a la vez tan dispares y tan necesarias?

A mi juicio, la planificación de los recursos humanos en el ámbito público debe poder consensuar, en una suerte de síntesis, las divergentes tendencias señaladas. De un modo similar al destacado con ocasión del estudio del principio de eficacia de la Administración Pública, el servicio a los intereses generales condiciona, diferencia, el sector público del privado. Pero en modo alguno hace imposible la aplicación en él de instrumentos potenciadores, ya sea de la eficacia, ya sea de los instrumentos enderezados a hacerla efectiva.

Entre los puntos de amarre, o los elementos señalizadores del camino que debe seguirse para hacer posible dicha compatibilidad, bien pudieran estar aquellos que vayan referidos al estatuto del personal público. Logrando cierta homogeneidad en el tratamiento de las distintas clases de personal, en su gestión, en el reconocimiento de las peculiaridades que se derivan de su naturaleza de empleado público, en la readaptación de los derechos relativos a la inamovilidad, podemos hallar buena parte de la clave para avanzar en una dirección afortunada.

Una reflexión final que es posible hacer sobre la planificación, es que la posibilidad de su existencia demuestra, una vez más, cómo es posible tomar en consideración la realidad global del empleo público para emprender una valoración de conjunto que permita una más adecuada gestión de los efectivos de personal independientemente del estatuto jurídico concreto de cada colectivo. Ello avala, en mi opinión, la buena dirección en la que se sitúan quienes buscan la elaboración de un estatuto común para el empleado público.

### **3.3. Los procesos de privatización y sus ámbitos**

#### *3.3.1 El contexto*

Las organizaciones administrativas por lo general muestran una excesiva homogeneidad que no es adecuada para atender necesidades o realizar actividades

muy distintas entre si. En este sentido, el funcionamiento tradicional de las administraciones públicas, basado en la jerarquía, con una técnica de organización piramidal, hace difícil una respuesta ágil a nuevos requerimientos que se plantean ante los poderes públicos. Las nuevas actividades están demandando una nueva organización, más horizontal, más basada en el trabajo en equipo, en suma, un funcionamiento más flexible<sup>176</sup>.

Pero existen diferencias que hacen difícil la traslación sin más de técnicas de organización del ámbito privado al público a pesar de que en los dos ámbitos se persiguen unos objetivos y para ello se ordenan unos medios, se gestionan unos recursos.... etcétera. Desde la perspectiva de la teoría de las organizaciones<sup>177</sup> se han señalado dos diferencias entre estos ámbitos: existen diferencias en la fijación de objetivos y tienen un modo diferente de estar presentes en el mercado. En cuanto a la fijación de objetivos, las empresas persiguen la rentabilidad y las administraciones públicas el interés general. En cuanto a la presencia en el mercado, las empresas actúan en él en un contexto de competencia y la Administración actúa en él con un carácter marcadamente impositivo.

No obstante, algunas cosas han cambiado últimamente. Hace tiempo que se viene desarrollando un proceso que avanza en diferentes direcciones pero presenta rasgos comunes, como la tendencia a la privatización de los servicios<sup>178</sup> que ha recibido un empuje decisivo en el contexto de las políticas de lucha contra las

---

<sup>176</sup> CASTILLO BLANCO, F.; *Lecciones de Función Pública*, CEMCI, 2003, Cap. I: "Reflexiones en torno a la construcción de un nuevo sistema de empleo público", pág. 33.

<sup>177</sup> En concreto véase: EICHHORN, P. "¿Qué pueden aprender recíprocamente las empresas privadas y las Administraciones Públicas? Consideraciones de economía empresarial", en *Documentación Administrativa* nº 218-219, Madrid, 1989.

<sup>178</sup> Así, se ha señalado que "(E)l redescubrimiento de las virtudes del mercado por parte de muchos economistas y gobernantes en las últimas décadas -en algunos casos se aproxima a una cierta apostasía del intervencionismo- y la sacralización de la eficiencia económica no sólo han conducido a procesos de desregulación externa e interna.. En este afán por fortalecer la primacía del mercado, se ha privatizado buena parte de la empresas que (...) pasaron de la órbita privada a la pública."; vid. GONZÁLEZ TEMPRANO, A.; "El Estado del Bienestar en España en los años noventa", Cap. I; en *La Consolidación del Estado del Bienestar en España*, CES, 2003, pág. 21.



prestaciones públicas deficitarias<sup>179</sup>. Así, la aparición en el horizonte de la idea de sostenibilidad económica hace que la Administración encauce sus actuaciones dentro de una política de marcada contención del déficit. Además, aunque sus mecanismos de actuación estén sometidos a controles y pese a que ello pueda frenar la celeridad necesaria en un contexto de libre competencia, la Administración Pública actúa hoy en el mercado en régimen de competencia<sup>180</sup>. Estos procesos, lógicamente, son generadores de mucha inseguridad. Es esta una cuestión transversal que va más allá del ámbito del derecho del trabajo y que ha sido especialmente tratada, y discutida, por la doctrina administrativa<sup>181</sup>.

La política de lucha contra el déficit público, característica de los países desarrollados en los últimos años, entraña el riesgo evidente de que “la contención del incremento del gasto público suponga un deterioro de los bienes y servicios ofertados por el Estado”<sup>182</sup>. Con el fin de contrarrestar, en lo posible, estos efectos perversos, aparecen las medidas encaminadas a introducir mecanismos de gestión privada de los servicios públicos. La aplicación del derecho privado para la gestión de los servicios públicos es un proceso que se construye de manera gradual. Entre los hitos o los estadios más significativos de todo el proceso se encuentra el

---

<sup>179</sup> A raíz de este fenómeno, es decir, con la intervención de sujetos privados en la prestación de servicios esenciales para la comunidad, asistimos a un marcado incremento de la regulación del funcionamiento por estas vías con la intención de controlar la adecuada prestación de estos servicios de los que es responsable la administración en última instancia. A la totalidad de este entramado normativo dirigido a la determinación de las condiciones de prestación de servicios por parte de sujetos privados se la ha llamado *neorregulación*. Término acuñado por BAUZÁ MARTORELL, F.J.

<sup>180</sup> El Tratado de la Comunidad Europea impide la actuación en régimen de monopolio y obliga a los poderes públicos a intervenir en el mercado en régimen de competencia. BAUZÁ MARTORELL, F.J., *La desadministración*,.....op. cit. pág. 42.

<sup>181</sup> De ello se hacen eco, CRUZ VILLALÓN, J.; y RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P.; “Problemática laboral de la privatización y externalización de los servicios públicos”, en *Revista de Derecho Social* nº 3/1998, pág. 9

<sup>182</sup> GONZÁLEZ TEMPRANO, A.; op. cit. págs. 22 y 23. En cualquier caso, el reto de la economía española en los inicios de los años 2000 es el de la resolución de un punto de partida complicado: se trata de lograr la reducción del déficit a través de la contención del gasto público, de una mejor gestión y de la lucha contra el fraude pero, al mismo tiempo, se impone el reto de mantener el nivel de protección social alcanzado hasta el momento.

fenómeno conocido como “huída del derecho administrativo”<sup>183</sup>, que se ha identificado como la vuelta del derecho administrativo a sus orígenes, el derecho privado, sobre el que se fue construyendo a base de prerrogativas de las que ahora se desprende<sup>184</sup>.

Debido al crecimiento experimentado por la Administración Pública, los tradicionales instrumentos de derecho público se muestran insuficientes e ineficaces para la satisfacción de las necesidades del Estado contemporáneo<sup>185</sup>. Todos los cambios operados se han inspirado en la persecución de la eficacia y por eso se han establecido nuevos criterios de actuación tendentes a eliminar rigideces y permisivos de una mayor operatividad en la actuación de la Administración. Ello ha sido criticado con dureza por parte de la doctrina administrativista<sup>186</sup> que entiende que “la tan proclamada eficacia no es fundamento suficiente para relegar a un segundo plano lo jurídico-público en detrimento de la garantía que esto supone para el derecho de los ciudadanos”, y que considera que en nuestra Constitución existe una reserva de derecho administrativo que choca de frente con cualquier intento de evitar la aplicación del derecho público.

Las anteriores anotaciones ponen de manifiesto la intensidad con la que se ocupado de estas cuestiones la doctrina administrativista. De hecho, alrededor de la

---

<sup>183</sup> Mucho se ha escrito sobre este particular, en concreto es interesante entre todos, por ejemplo, el estudio de las reacciones ante la llamada “huída del derecho administrativo” que efectúa BORRAJO INIESTA, I.; en su artículo “El intento de huir del derecho administrativo” en la *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 78, 1993, págs. 233 a 249.

<sup>184</sup> CATALÁ POLO, R.; “El régimen jurídico de los empleados en los sistemas privados de gestión de los servicios públicos. Aproximación de regímenes en la Administración General del Estado” *Documentación Administrativa* nº 243, 1995, pág. 115.

<sup>185</sup> El modelo de Estado propio del Estado liberal, un Estado alejado de la sociedad, comienza a entrar en crisis en el último tercio del siglo XIX, vid.: GARCÍA PELAYO, M.; *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Obras Completas, vol. II, 1991, págs. 1597 y ss.; quien pone en relación este momento con la adaptación del Estado tradicional a la sociedad industrial.

<sup>186</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.; “Reflexiones sobre las privatizaciones”, *Revista de Administración Pública*, nº 144, 1997, DEL SAZ CORDERO, S.; *Función Pública y contrato de trabajo*, Marcial Pons, año 1995, PARADA VÁZQUEZ, R.; *Derecho Administrativo. Organización y Empleo Público*, Marcial Pons, Madrid,

cuestión se han ido construyendo diferentes teorías que podemos referir desde estas líneas siguiendo a CRUZ VILLALÓN. Desde una parte de la doctrina, como se decía, se ha construido la teoría de la reserva de derecho administrativo<sup>187</sup> entendida como una garantía institucional que supone la inadecuación del derecho privado para la efectiva garantía de los principios constitucionales que interesan a la Administración Pública. Existe, por otra parte, una posición doctrinal<sup>188</sup> que, matizando las anteriores afirmaciones, sostiene que lo que la Constitución sanciona es la necesaria vigencia de una serie de principios que resultan directamente vinculantes para la actuación administrativa, tales como la legalidad en la actuación, la interdicción de la arbitrariedad, la objetividad y la imparcialidad...etcétera. Son interesantes las reflexiones que a propósito de estas diferentes posiciones efectúa este autor<sup>189</sup>, que se plantea la posibilidad de que existan algunos límites constitucionales a este proceso para acabar reflexionando sobre un hecho que ya ha sido aludido desde estas páginas, y es que, posiblemente, la cuestión se cifra en reservar a la titularidad pública la capacidad de control global de todo tipo de actividades que afecten al reconocimiento o limitación de derechos de los ciudadanos.

En la actualidad, la LRJ-PAC ha aportado criterios que pueden encarrilar una posible salida a este debate entre quienes, como vemos, niegan la posibilidad del recurso al derecho privado y quienes interpretan que nuestro marco constitucional es lo suficientemente amplio para admitir ambas opciones, esto es, que existe un margen de libertad considerable que permite a la Administración organizarse como quiera sin que ello suponga una ausencia de controles. Estos criterios pueden resumirse del siguiente modo: hay normas que sirven de anclaje de la Administración en el derecho público. Por una parte, la sujeción al derecho administrativo del ejercicio de potestades administrativas, por otra, la necesaria

---

<sup>187</sup> DEL SAZ CORDERO, S. *Función Pública y contrato de trabajo*, Marcial Pons, año 1995, pág. 55.

<sup>188</sup> MARTÍN RETORTILLO, S.; BORRAJO INIESTA.

<sup>189</sup> CRUZ VILLALÓN y RODRIGUEZ RAMOS, op. cit. págs. 15 y ss.

personificación en régimen de derecho público para la gestión directa de actividades regidas por el derecho administrativo y, por último, el sometimiento del encargo de gestiones a entes de naturaleza privada a las reglas de publicidad y concurrencia. A ello debe añadirse el límite de la LCAP que incluye dentro de su ámbito subjetivo a los OOAA y a determinados entes públicos. También hay que tener en cuenta los criterios establecidos en la LOFAGE, cuyo art. 53.2 señala que las Entidades Públicas Empresariales se rigen por el derecho privado con la excepción, entre otras cuestiones, del ejercicio de las potestades administrativas que tengan encomendadas.

Reconocida, así pues, la existencia de límites de naturaleza normativa, también se debe poner de manifiesto el hecho de que en todas las posibles fórmulas ensayadas de privatización es posible encontrar un elemento común que es la búsqueda de una configuración más eficaz. Pero, como ya se ha señalado en este estudio, el concepto de eficacia aplicado a la Administración Pública presenta perfiles especiales porque la medida de la eficacia en la Administración es diferente respecto a la medida de la eficacia en la empresa privada. En esta última es claro el criterio de la búsqueda del mayor beneficio para medir el grado de eficacia. Pero en la medida en que el criterio del mayor beneficio no resulta adecuado en el ámbito público que debe cubrir servicios con independencia de su rentabilidad económica o incluso aún siendo éstos deficitarios, la medida de la eficacia podría ser el mayor beneficio social alcanzado, por ejemplo, como consecuencia de la prestación de un servicio determinado. En esta línea, acertadamente, a mi juicio, se ha señalado que “la mitificación indiscriminada de lo privado frente a lo público, también de lo individual frente a lo colectivo y solidario, no es buena”<sup>190</sup>.

Al inicio de las líneas que componen el presente capítulo, se hacía referencia al principio de eficacia como a un principio constitucional de indudable trascendencia aplicativa en el ámbito del empleo público en concreto y en el de la Administración

---

<sup>190</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.; “Reflexiones sobre las privatizaciones”, *Revista de Administración Pública*, nº 144, 1997, pág. 36.

Pública en general. Indudablemente, este principio de eficacia, o la búsqueda constante por lograr una más alta cuota de la misma en este ámbito, se encuentra detrás de esta tendencia a eludir en la medida que ello resulte posible, la aplicación de las normas de derecho administrativo para la regulación de ciertas actividades administrativas que pueden ser reconducidas al ámbito de las normas de derecho privado. No obstante, como de hecho quedaba expresado en aquel primer apartado de las presentes líneas, la pretensión de una mayor eficacia, en modo alguno, puede justificar el abandono de otras obligaciones propias de la Administración Pública. Así pues, como oportunamente se ha señalado: “La Administración es, en nuestro ordenamiento una organización instrumental, un aparato del que se vale el pueblo para implementar las decisiones de interés público que adopta a través de sus representantes políticos. Por ello es muy importante que la Administración sirva efectivamente para la satisfacción de esos intereses públicos y que el ordenamiento que la regule le permita actuar de una forma eficaz y no le imponga obstáculos en la consecución de dicha finalidad”<sup>191</sup>. Muy a menudo la huída del derecho público ha supuesto el abandono de elementos garantistas necesarios en toda actuación administrativa desconociéndose así, que la búsqueda de una administración más eficaz no debe infringir el necesario seguimiento de otros principios igualmente aplicables, entre ellos, el sometimiento a la Ley.

### *3.3.2 Sometimiento al derecho del trabajo de parcelas de funciones públicas*

Entre las acepciones ya mencionadas acerca del término laboralización se hacía referencia al sometimiento al derecho del trabajo de parcelas determinadas de funciones públicas originariamente reservadas a funcionarios<sup>192</sup>. Qué pasa con los funcionarios públicos que prestan servicios en las parcelas objetivamente

---

<sup>191</sup> DESDENTADO DAROCA, E.; *La crisis de identidad del derecho administrativo: privatización, huída de la regulación pública y Administraciones independientes*, Tirant lo Blanch, 1999, pág. 106.

<sup>192</sup> Siguiendo así la línea que abrían en su trabajo IZQUIERDO HERNÁNDEZ, F. J. y MOLINA GARCÍA, M.; *La laboralización de los funcionarios públicos*, op. cit. pág. 24.

laboralizadas es lo que se trata en el estudio de la laboralización, en este caso en su sentido subjetivo<sup>193</sup>. Los pocos estudios que existen acerca de esta materia señalan que, así como ha existido desde un tiempo ya considerable una cierta comunicación entre laborales-funcionarios<sup>194</sup>, la comunicación en el sentido inverso no se ha producido en idéntica medida a buen seguro debido a la superior valoración del status funcional<sup>195</sup>. Sin embargo, en algún momento esta tendencia apuntada se ha quebrado y ello coincide con el proceso abierto en el sector público tendente a su redimensionamiento, en ese marco sí ha tenido lugar la laboralización de funcionarios<sup>196</sup>. Se trata de procesos, en virtud de los cuales, se adoptan determinadas medidas organizativas mediante las que, aún quedando dentro de la titularidad pública determinados servicios, éstos comienzan a ser gestionados bajo un régimen jurídico privado. Con ello se persigue una mayor eficacia de la organización, algo que se interpreta más fácilmente alcanzable a través de la gestión indirecta de los servicios.

La cuestión es que en estos supuestos, los funcionarios públicos que prestan sus servicios en aquellos departamentos o unidades afectadas por los cambios en la gestión, se van a ver afectados por ellos. Hasta la Ley 30/1984, cada vez que se producía la transformación de un sector de la Administración, era la propia norma de creación de este supuesto la que establecía la sujeción del personal al derecho del trabajo y contenía previsiones específicas para los funcionarios que prestaban sus servicios en el sector transformado de manera que continuaran prestándolos en la

---

<sup>193</sup> Uno de los escasos trabajos dedicados al estudio concreto de estos procesos puede verse en IZQUIERDO HERNÁNDEZ, F.J. y MOLINA GARCIA, M., *La laboralización de los Funcionarios Públicos*, Tirant lo Blanch, 1996.

<sup>194</sup> De hecho se ha hecho referencia ya desde estas páginas, en concreto en el capítulo primero, a determinados procesos de funcionalización, mediante la convocatoria de pruebas restringidas.

<sup>195</sup> IZQUIERDO HERNÁNDEZ y M. MOLINA GARCIA, *La laboralización de los Funcionarios Públicos*, Tirant lo Blanch, 1996. Op. Cit. pág. 28. Más adelante, se verá cómo esta valoración, se percibe también, o vuelve a plantear problemas, en los casos en los que se plantea la aplicación de la normativa laboral reguladora de la sucesión de empresa ex art. 44 ET.

<sup>196</sup> IZQUIERDO HERNÁNDEZ y M. MOLINA GARCIA, *La laboralización de los Funcionarios Públicos*, Tirant lo Blanch, 1996. Op. Cit. pág. 28.

nueva organización pero bajo una relación laboral<sup>197</sup>. Después, la DA 17ª LMRFP, establecía para los funcionarios adscritos a un ente que resultara afectado por alguna de estas medidas, que “deberán optar por integrarse en sus plantillas laborales, quedando como funcionarios en la situación administrativa de excedencia voluntaria a que se refiere el art. 29.3 a) LMRFP o reintegrarse al Departamento al que figura adscrito su Cuerpo o Escala al amparo de lo dispuesto en el art. 21.2. b)”. Lo establecido en esta DA 17ª de la mencionada Ley se establecía con carácter transitorio pero la solución reguladora contenida en el precepto ha sido luego recogida en parecidos términos en las posteriores leyes laboralizadoras<sup>198</sup>. Estas leyes prevén la asunción directa de los trabajadores en régimen laboral por el nuevo ente transformado que se subroga en los derechos y obligaciones del anterior, operándose una sucesión de empresa. Y con respecto al personal funcionario se establece, como se ha visto, una medida de carácter opcional.

Hasta hace muy poco, el régimen establecido para determinados ámbitos del sector público era una cuestión pendiente, pues ante la ausencia de una normativa general, este personal se movía dentro de la más absoluta singularidad<sup>199</sup>. Por un lado estaban las sociedades reguladas en el art. 6.1 de la Ley General Presupuestaria (sociedades que no realicen actividades comerciales o industriales sino funciones públicas), su personal estaba sometido, sin más, al derecho laboral. Mucho más complicado resultaba el panorama de los entes públicos del art. 6.5 de la Ley

---

<sup>197</sup> IZQUIERDO HERNÁNDEZ y M. MOLINA GARCIA, *La laboralización de los Funcionarios Públicos*, Tirant lo Blanch, 1996. Op. Cit. pág.35.

<sup>198</sup> Son abundantes estos supuestos de laboralización como consecuencia de los procesos de reorganización que implican a diversos Entes Públicos, IZQUIERDO HERNÁNDEZ Y MOLINA GARCÍA, op. cit. pág. 33 enumeran una amplia relación: “Son los casos del Instituto para la Diversificación y Ahorro de Energía, el Instituto de Crédito Oficial, La Compañía Española de Tabaco en Rama, la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, el Instituto Nacional de Industria, Paradores de Turismo de España, Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea, Escuela Nacional de Aeronáutica, Escuela Oficial de Turismo, Caja Postal Sociedad Anónima, Puertos del Estado y Autoridades Portuarias y Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima”. A pie de página se incorpora la referencia de cada una de las disposiciones normativas reguladora de los respectivos procesos, vid. págs. 33 y 34.

<sup>199</sup> DEL SAZ, S.; “La laboralización de la función pública: del contrato laboral...” *Documentación Administrativa* nº 243, 1995, pág. 159.

General Presupuestaria pues quedaban excluidos de las leyes reguladoras de la función pública estatal y autonómica y por lo tanto no les resultaban de aplicación sus preceptos, observándose una gran diversidad<sup>200</sup>. Entes como el CES, el ente público AENA, la Agencia de Protección de Datos, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el ente público Puertos del Estado.....etcétera. La laboralización se ha afrontado sin reglas previas, sin límite alguno y ocurre que muchos de estos entes públicos cuyo personal ha sido convertido al régimen laboral tiene encomendadas funciones públicas cuyo ejercicio, por expresa disposición legal, se encuentra sometido al derecho administrativo. De esta manera se confirma la ruptura del monopolio de los funcionarios para las funciones administrativas. La Ley 6/1997, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado<sup>201</sup>, que avanza en la línea de profesionalización de la Administración, establece una cierta uniformidad al aplicar el derecho del trabajo al personal de las entidades públicas empresariales sin más modulación que el respeto a los principios de mérito y capacidad.

Mención expresa merecen las empresas públicas<sup>202</sup> cuyo personal tiene reguladas sus condiciones laborales y las relaciones profesionales por el derecho del

---

<sup>200</sup> El caso de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria es verdaderamente singular. El caso es que al ser sus empleados en gran mayoría personal sujeto al derecho funcionarial, la contratación laboral se limitó al desempeño de puestos excepcionales y se establecieron algunas peculiaridades funcionales y retributivas que lo hacen especialmente singular. Sobre ello se ha pronunciado críticamente, por ejemplo: PALOMAR OLMEDA, A; "Consideraciones Generales sobre el sometimiento al Derecho Privado de la actividad de la Administración", *RICA*, vol 57 nº 4, dic. 1990, pág. 132.

<sup>201</sup> Sobre la LOFAGE, sobre la organización que instaura en el momento de su publicación pueden verse entre otros los trabajos de MENÉNDEZ REXACH, A; "Organización Central de la Administración del Estado" en, *Documentación Administrativa* nº 246-247, 1997, págs. 275 a 298. En el mismo número de la revista se puede ver también: DE ASIS ROIG, A: "Organización Central de la Administración General del Estado", pág. 305 y ss; L. LÓPEZ GUERRA, "Organización periférica en la LOFAGE" y JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F; "Organización Instrumental Pública en la LOFAGE", *Documentación Administrativa*, nº 246-247, 1996-97, *passim*. En general sobre organización Administrativa, pueden verse los *Materiales sobre Organización Administrativa* preparados por DE MARCOS FERNÁNDEZ A. y RODRÍGUEZ-CHÁVES MIMBRERO, B. ejemplar multicopiado, diciembre 1998.

<sup>202</sup> Vid. FERNÁNDEZ, T. R.; "Empresa pública y servicio público: el final de una época", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 89, 1996, págs. 37a 48.



trabajo. Pese a todo, esta regulación también tiene limitaciones o peculiaridades que derivan del hecho de que la empresa pública es una manifestación, quizá más atenuada que otras, de la Administración<sup>203</sup>, así que, en cualquier caso, no podrá desvincularse del conjunto básico de normas, fundamentalmente por imperativo constitucional, que regulan su funcionamiento.

Se pueden destacar determinados matices que modulan la aplicación del derecho de trabajo en las citadas empresas públicas<sup>204</sup>. En primer lugar, en la contratación se respetarán los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad a través de procesos que aparecen contemplados en la mayoría de los convenios, son procesos en los que se percibe un menor formalismo que el existente para la selección de funcionarios y personal laboral de las administraciones públicas. En segundo lugar, se aplica el régimen de incompatibilidades al personal de determinadas empresas públicas (art. 2.g y h) de la Ley de incompatibilidades. En cuanto a la negociación colectiva, tratándose de entidades de derecho público reguladas por el derecho privado, las diversas Leyes anuales de Presupuestos vienen recogiendo una limitación de la masa salarial global que puede ser destinada a la remuneración de sus empleados, requiriéndose además el informe favorable previo de los Ministerios de Economía y Hacienda y de Administraciones Públicas. Por otra parte, en cuanto a los límites a la libertad de expresión e información de los trabajadores, éstos deben ser más amplios que los de la empresa privada precisamente en atención a que la exigencia de la buena fe se ve matizada por el interés constitucional de mantener una opinión pública informada. Finalmente, el cambio de titularidad de las empresas públicas, cuando éste conlleva la alteración de su naturaleza, pudiera producir casos de resarcimiento por el daño sufrido por el trabajador. En cuanto a la responsabilidad por deudas laborales, partiendo de la

<sup>203</sup> Sobre las empresas públicas en su consideración de integrantes del bloque de lo público o bloque de la Administración; PIÑAR MAÑAS, J. L.; “Reflexiones sobre la privatización de la empresa pública en España” en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 84, 1994.

<sup>204</sup> GONZÁLEZ BIEDMA, E. y CALVO GALLEGU, J; “Nota sobre las relaciones de trabajo en las empresas públicas” en el *Libro Homenaje a Clavero Arévalo*, Cívitas, 1994, págs. 1135 a 1174.

doctrina jurisprudencial laboral que, actuando sobre la base de la unidad real de los grupos de empresas, ésta puede recaer sobre el titular económico del grupo en el que se incorpora el empresario directo (SEPI).

En conclusión, la Administración de nuestros días cumple funciones de ejecución de la Ley, otras, que en virtud de su potestad reglamentaria, ella misma establece y además un conjunto de actividades materiales y de pura ejecución cuya cobertura se encuentra en su propia labor planificadora o simplemente con la habilitación que le proporciona la cobertura presupuestaria<sup>205</sup>. La cuestión que se plantea es determinar cuáles son los métodos que se utilizan para llevar a cabo ese conjunto de actividades. Para responder a ello, se puede afirmar que la gestión de los intereses y fines del Estado puede hacerse por la propia Administración directamente o a través de lo que se denomina la “administración estatal mediata”<sup>206</sup>.

Para responder a este crecimiento de actividades con las que la Administración debe hacer frente a sus obligaciones, una primera fórmula, la más sencilla, sería la asunción por el propio aparato administrativo de las nuevas funciones a desarrollar con la desventaja advertida por algunos<sup>207</sup>, de que en la misma medida en que se produce el crecimiento de la administración se pierde en eficacia en la gestión, aumenta la descoordinación, el solapamiento de funciones la burocratización...etc. Este es, a la postre, el fundamento de que se hayan creado entes diferentes al Estado cuya función única es la de lograr un fin o cumplir un servicio. Este proceso que se ha llamado de “privatización” entendiéndolo por tal, no el cambio en la titularidad, sino la transformación de su status jurídico para “escapar del derecho público”<sup>208</sup>.

---

<sup>205</sup> PALOMAR OLMEDA, A.; “Consideraciones generales sobre el sometimiento al derecho privado de la actividad de la Administración”, *RICA*, vol. 57, nº 4, dic. 1990, pág. 127.

<sup>206</sup> FORSTHOFF, E.; *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, 1958, pág. 584. *Vid*

<sup>207</sup> PALOMAR OLMEDA, A.; “Consideraciones generales....op. cit. pág. 131.

<sup>208</sup> Con razón se ha afirmado que los procesos de privatización desbordan el ámbito de los propios laboristas afectando sobre todo a los estudiosos del derecho administrativo entre los cuales este debate ha ido tomando cuerpo hasta el punto en que hoy no se trata de una cuestión

Los problemas se han presentado -con no pocas reflexiones críticas de parte de la doctrina administrativista- cuando, también para el desempeño de actividades básicas de un Estado como la gestión, liquidación y recaudación de los tributos se somete al derecho privado.

Para justificar el sometimiento al derecho privado del funcionamiento de la Administración se han esgrimido diferentes tipos de razonamientos. En todo caso, el elemento común consiste en la puesta de manifiesto de las disfuncionalidades más importantes, disfuncionalidades clásicas incluso en la gestión pública. Entre ellas, destaca la gestión de los recursos humanos como una causa importante de entre todas las provocadoras de disfuncionalidades en la gestión. Es claro que el sometimiento a un régimen estatutario para el personal, aún siendo una garantía de imparcialidad y de seguridad jurídica, puede ocasionar problemas puesto que al tratarse de un régimen de aplicación general, es dificultoso el tratamiento individualizado. Esto se ve claramente con el sistema retributivo, en concreto con el complemento de productividad que en la práctica se aplica de una manera homogénea y automática revelándose ineficaz para servir como elemento de promoción y de estímulo del personal. Hasta ahora, la solución por la que se ha optado ha sido la del sometimiento al derecho privado para poder aplicar un régimen salarial liberalizado en el que se evite la “fuga de talentos”<sup>209</sup>.

Sea como sea, parece claro un detalle: la privatización presenta multitud de facetas, de variantes, incluso, y no puede ser abordada desde un planteamiento uniforme. De manera sintética pueden determinarse dos supuestos; entes de

---

meramente teórica sino que se trata también de una cuestión sobre la que la Jurisprudencia se ha hecho eco. Vid. CRUZ VILLALÓN, J. y RODRÍGUEZ RAMOS VELASCO, P. “Problemática laboral de la privatización y externalización de los servicios públicos”, *Revista de Derecho Social*, nº 3, 1998, pág. 9. Estos autores hacen referencia a las SSTs (4ª) de 8 de marzo de 1996 (RJ. 3188) y de 17 de julio de 1996 (RJ.6111) sobre la creación de “Aena” como una manifestación de “la huida del derecho administrativo” en el marco de una creciente tendencia a la privatización mediante la configuración de entes en los que se excepciona la aplicación de normas de derecho público en la contratación de personal, en la gestión de servicios....etc.

<sup>209</sup> PALOMAR OLMEDA, A.; “Consideraciones generales....op. cit. pág. 141.

titularidad pública que pasan a manos privadas, o servicios públicos que son gestionados privadamente. Ambos supuestos se articulan jurídicamente a través de fórmulas como la descentralización productiva.

### 3.3.3 Problemas de la descentralización productiva en el empleo público

Los conocidos mecanismos de descentralización productiva son hoy en día profusamente utilizados por las empresas<sup>210</sup>. Ellos constituyen una legítima forma de organización empresarial que puede reportar efectos beneficiosos desde el punto de vista de la diversificación de actividades, la concentración de esfuerzos empresariales, la minimización de los riesgos asumidos....etcétera. Desde el punto de vista de la relación de los trabajadores con los empleadores, la cuestión se torna más compleja puesto que tales mecanismos de organización pasan, las más de las veces, por la incorporación de fórmulas de interposición en el contrato de trabajo que los empleados mantienen con la empresa y ello entorpece la claridad de las relaciones jurídicas en vigor, lo que hace que, acompañado de fórmulas de temporalidad, se precaricen hasta límites insostenibles las relaciones laborales.

Las diferentes fórmulas descentralizadoras, al ser aplicadas en el sector público, frecuentemente lo hacen acompañando procesos privatizadores cuando éstos producen cambios o transferencias en el elemento de la titularidad de la gestión de la actividad<sup>211</sup>. Las mismas pueden contemplarse desde dos planos diferentes que, en realidad, son las dos caras de una misma realidad. En efecto, desde la perspectiva del cambio operado en la titularidad, donde se daría la subrogación empresarial del

---

<sup>210</sup> Sobre el particular pueden verse, entre muchos, CRUZ VILLALÓN, J.; “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas”, *Relaciones Laborales*, I/1992; También, AAVV; *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo* (X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social), MTAS, Madrid, 2000; AAVV; *Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual*, Lex Nova, 2001.

<sup>211</sup> CRUZ VILLALÓN, J.; y RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P.; “Problemática laboral de la privatización y externalización de los servicios públicos”, *Revista de Derecho Social* nº 3, 1998, pág. 17.

art. 44 ET, y desde la perspectiva tomada en un momento posterior, una vez producida la privatización cuando se den mecanismos de contratación en los que será aplicable la regulación del art. 42 ET. Ambas situaciones son las que se pueden dar, y frecuentemente se dan, en un proceso de privatización, primero el cambio de titularidad que tiene que ver con la sucesión de empresa, y más tarde el hecho de la gestión privada de un servicio público a través de los mecanismos de contratación<sup>212</sup>. Así, en este ámbito resultaría, igualmente aplicable la teoría del “trébol” de HANDY, según la cual, la desconcentración productiva se produciría de acuerdo con tres tipos de colectivos o grupos: La primera hoja del trébol contiene a los trabajadores de núcleo esenciales para la organización; la segunda hoja es la fuerza de trabajo flexible en la que se incluyen los trabajadores temporales, a tiempo parcial y de ETTs; la tercera hoja está constituida por la subcontratación de servicios. La tendencia será que la primera hoja suponga el 20% de la plantilla global; el trabajo flexible el 40% y el 40% restante lo integren las actividades subcontratadas.

- a) Sucesión de empresa y contrata de obra o servicio: dos caras de una misma realidad

Atendiendo a la dimensión laboral de los cambios de titularidad, cuestión que, como es lógico suponer, supone la mayor fuente de conflictos relacionados con las fórmulas de descentralización, resulta determinante saber si este personal pasará a ser personal de la entidad que asume el servicio en régimen de derecho privado o bien permanecerá como personal público, esto es, si resultará aplicable la regulación del art. 44 del ET relativa a la sucesión de empresa, que juega como garantía de estabilidad en el empleo de los trabajadores en esos casos. Es claro que los mecanismos a los que ahora se alude generan incertidumbres de difícil resolución.

---

<sup>212</sup> Perspectivas que describe CRUZ VILLALÓN, J. en la conferencia pronunciada en 1998, Jornadas celebradas por el Gabinete de Estudios de CCOO. Posteriormente, elaborará con mayor detalle las mismas en CRUZ VILLALÓN, J. y RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P., op. cit. págs. 17 y ss., en las que hace una detenida referencia a esas dos perspectivas, estática y dinámica, desde las que puede ser abordado el fenómeno.

Se debe tener en cuenta que en el ámbito público la subrogación del nuevo empresario en los derechos y deberes del anterior, con la conservación de los vínculos laborales preexistentes, conectará con la existencia de ciertos condicionantes de los trabajadores afectados, que suelen manifestar en estos casos una voluntad de permanecer como trabajadores de la Administración Pública al considerar más protegido su empleo si continúan en ese ámbito. Los funcionarios públicos, poseen una inamovilidad reconocida en los textos legales<sup>213</sup>; el derecho al cargo, considerado por la doctrina administrativa como el más importante de los derechos funcionariales<sup>214</sup>, presenta dos vertientes, por una parte, asegura la facultad del funcionario de ejercer todas las funciones propias del puesto de trabajo que ocupa y, por otra, se concreta en el derecho de permanencia, que es conocido como inamovilidad<sup>215</sup>.

En caso de transferencia de la titularidad de un servicio desde un ámbito público a otro privado, existe una previsión de diferentes instrumentos tendentes al aseguramiento de la permanencia de los funcionarios públicos<sup>216</sup>. Sin embargo, la cuestión se plantea con el personal laboral toda vez que no se les atribuye un claro derecho a la inamovilidad, por lo menos entendida en su sentido más absoluto<sup>217</sup>.

<sup>213</sup> Artículo 63.2 LFCE; matizada por art. 20.1 e) y g) de la Ley 30/1984.

<sup>214</sup> OLMEDO GAYA, A.; "Derechos de contenido funcional, laboral y social" en *Lecciones de Función Pública*, (Castillo Blanco Dir.), CEMCI, 2003, pág. 267. Véase también; SÁNCHEZ MORÓN, M.; PALOMAR OLMEDA, A.; En especial, sobre el derecho al cargo, pueden verse los trabajos de MARTÍN MATEO, R.; "La inamovilidad de los funcionarios públicos" *Revista de Administración Pública*, nº 39, 1966 y MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, I.; *Régimen jurídico de la función pública y derecho al cargo*, Cívitas, Madrid, 1995.

<sup>215</sup> Para ver las nuevas funciones que puede cumplir el reconocimiento de la inamovilidad, vid. Capítulo IV.

<sup>216</sup> Que suelen contar con un derecho a optar entre continuar como funcionario en activo, cesando en su puesto de trabajo y quedando a disposición de la Administración Pública -art. 21.2.b) LMRFP-, o pasar a prestar servicios en para el nuevo titular como personal laboral, quedando en situación de excedencia voluntaria respecto de sus cuerpos funcionariales de origen -art. 29.3.a) LMRFP-. Vid. IZQUIERDO HERNÁNDEZ, F.J. y MOLINA GARCÍA, M.; *La laboralización de los funcionarios públicos*, Tirant lo Blanch, 1996, págs. 25 y ss.

<sup>217</sup> Así, algún autor ha hecho referencia a la cuestión al afirmar que en cuanto a la significación del derecho al cargo como una garantía del desempeño de funciones públicas, éste resulta

Queda pues, planteada y sin una respuesta indubitada, por el momento, la pregunta que interroga acerca de la posibilidad de existencia de un derecho a permanecer como empleado público de los trabajadores contratados por la Administración<sup>218</sup>.

Cuando se produce una transferencia desde un ente público hasta uno privado, el problema que se plantea es que, de no producirse la subrogación empresarial, los trabajadores pueden estar abocados a la extinción de sus contratos, ya que al transferirse la gestión de un servicio es posible que se amorticen los puestos de trabajo. En el mejor de los casos, podría defenderse que el trabajador permanezca en el sector público pero, al transferirse la actividad que éste realizaba, su permanencia en el sector de origen puede condenarle al ostracismo, al tiempo que provocar un engrosamiento artificial del sector público<sup>219</sup>. Este último argumento, sin embargo, debería adecuarse a cada uno de los supuestos concretos en los que se plantee la cuestión ya que, igualmente, podría darse la circunstancia de que la Administración empleadora necesitara personal en otro servicio, de modo que podrá trasladar a los trabajadores afectados al mismo<sup>220</sup>.

---

predicable tanto de los funcionarios como de cualquier otro empleado público “pues se presenta como un derecho funcional.” Vid. OLMEDO GAYA, A.; op. cit. pág. 268. Pero, a continuación se señala que en lo referente a la inamovilidad, sólo los funcionarios de carrera gozan de los derechos de inamovilidad. La inamovilidad garantizaría, en opinión de esta autora, “la continuidad de la relación funcional durante toda la vida profesional del funcionario.”

<sup>218</sup> Sobre esta cuestión, SALA FRANCO, T. y GOERLICH PESET, J.M.; “La sucesión de empresa en la Administración Pública”, *Poder Judicial* nº 8, 1987, pág.178, han señalado “que la *ratio legis* perseguida por este precepto (art. 44 ET) es la garantía de la estabilidad en el empleo del trabajador en estos supuestos y no tanto la garantía del mantenimiento del puesto de trabajo”.

<sup>219</sup> Al particular han hecho referencia CRUZ VILLALÓN, J. y RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P. “Problemática laboral de la privatización y externalización de los servicios públicos”, *Revista de Derecho Social*, nº 3, 1999, pág. 18 a 22. En este sentido señalan que “la solución de la pervivencia del empleo público ficticio, ni siquiera resulta aconsejable desde el punto de vista de lo que debe ser una política sindical moderna y no anclada en valores del pasado. La acción de los sindicatos ha de dirigirse a la defensa del mantenimiento de la gestión eficiente del servicio por parte de una entidad de titularidad pública, o, si ello no es viable, que el cambio hacia la gestión privada ha de implicar necesariamente la asunción por el nuevo empresario de un personal hasta ese momento incardinado en el sector público”, pág. 22. En conclusión, los autores defienden que, en caso de privatización de la gestión de servicios públicos, se debe producir el efecto subrogatorio contemplado en el art. 44 ET.

<sup>220</sup> Así, dada la inexistencia de un derecho absoluto al puesto de trabajo de los trabajadores y de la existencia de facultades directivas empresariales movilizadoras, es posible la hipótesis de la permanencia de los trabajadores afectados por un cambio de titularidad en el sector público. Vid.

En cualquier caso, las anteriores consideraciones, resultarán oportunas en los casos en los que resulte apreciable la existencia de una sucesión de empresa. Según la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo<sup>221</sup>, para que juegue la regla del art. 44 ET, se exige la existencia de un soporte patrimonial o material que resulte transmitido; si se transfieren elementos que no son considerados una “unidad productiva autónoma” no se podrá hablar de sucesión de empresa<sup>222</sup>. Así, bajo la exigencia de que se dé la transmisión instrumental, los tribunales han negado la aplicación del 44 en determinados supuestos de transferencia de trabajadores al sector privado desde el ámbito público.

Así pues, lo importante es la respuesta a la pregunta de qué es lo que hay que transmitir para que se produzca el efecto subrogatorio del art. 44 ET y aquí es dónde hay que ver hasta qué punto la herramienta de trabajo es el elemento decisivo de la transferencia. En este sentido, se ha defendido<sup>223</sup> que el elemento clave para determinar la existencia de la sucesión de empresa, no es tanto el componente material o el elemento patrimonial, como la transmisión del propio servicio<sup>224</sup>. El mantenimiento de un criterio rígido de transferencia puede resultar ineficaz en

---

SALA FRANCO, T. y GOERLICH PESET, J.M.; “La sucesión de empresa en la Administración Pública”, *Poder Judicial* nº 8, 1987, pág. 179.

<sup>221</sup> A partir de la STS de 5 de abril de 1993 (RJ.2906), confirmada después por la STS de 30 de diciembre de 1993 (RJ.10078), así como en las SSTS de 29 de diciembre de 1997 (RJ.9641), de 6 de febrero de 1998 (RJ.1642), de 26 de junio de 1998 (RJ.5791), de 3 de octubre de 1998 (RJ.7804) y de 4 de octubre de 1998 (RJ.7811).

<sup>222</sup> Si bien, existen ciertas manifestaciones de cambio, quizás auspiciadas por la doctrina del TJCE que mantiene una interpretación más flexible del supuesto de hecho que determina la transmisión. Vid. DE LA PUEBLA PINILLA, A.; “Cambio de contratista, continuidad de las relaciones laborales y transmisión de empresa: discrepancias entre la doctrina nacional y la comunitaria (a propósito de la Sentencia del TJCE de enero de 2002, asunto *Temco*)”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 4, 2002, págs. 729 a 748.

<sup>223</sup> CRUZ VILLALÓN, J. y RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P. “Problemática laboral de la privatización y externalización de los servicios públicos”, *Revista de Derecho Social*, nº 3, 1999, pág. 19.

<sup>224</sup> En este mismo sentido, vid. SALA FRANCO, T.; “Las exigencias legales para una lícita sucesión de empresa. (A propósito de la STCT de 30 de noviembre de 1988)”, *Poder Judicial* nº 14, 1989, pág. 237. Lo relevante será la posibilidad de continuar desarrollando la actividad empresarial, en este caso, la posibilidad de continuar prestando el servicio.



supuestos de actividades propias de empresas de servicios en las que lo determinante es el capital intelectual<sup>225</sup>. El respaldo a una concepción más elástica, ceñida a las circunstancias presentes en cada supuesto en orden a determinar qué debe transmitirse para que exista sucesión de empresa y se aplique el art. 44 ET, permitiría ofrecer una solución a los problemas que se plantean en caso de transferencias de servicios al sector privado.

Son abundantes los pronunciamientos del Tribunal Supremo relativos a los supuestos de sucesión empresarial en los que aparece implicada una Administración Pública. Estos casos se vienen planteando incluso desde el proceso inverso, es decir, cuando la Administración, que en un principio celebró una contrata de obra o servicios para la realización de una determinada actividad, toma la decisión de poner fin a dicha contrata y asume la prestación directa del servicio. En estos casos, se vienen planteando conflictos con los trabajadores contratados por los empresarios privados titulares de la concesión, una vez finalizada ésta.

La situación conflictiva se deriva de las denuncias que se interponen por infracción del art. 44.1 ET debido a la falta de aplicación del mismo en los casos mencionados, al considerarse que se trata de supuestos de sucesión de empresa contemplados en dicho precepto. Cuando una administración, un Ayuntamiento, que suele ser el supuesto más frecuente, asume la gestión directa de un servicio que antes realizaba una empresa privada, debe admitir a los trabajadores de aquella empresa privada afectos a esas tareas por mandato del art. 44.1 ET.

El Tribunal Supremo<sup>226</sup>, que ha abordado esta cuestión en relación con un supuesto de concierto de la gestión recaudatoria de los impuestos locales realizado por un Ayuntamiento, primeramente, se ha detenido sobre el estudio del marco legal que autoriza a las Administraciones a arrendar o a concertar la gestión de

---

<sup>225</sup> Sin embargo, vid. en contra la STS de 25 de octubre de 1995 (7793).

<sup>226</sup> En doctrina de unificación dictada en Sala General en STS de 19 de marzo de 2002, Rec.-

determinadas actividades de carácter público<sup>227</sup>. El Tribunal recuerda que este marco legal se ha visto esencialmente modificado por la legislación posterior. Así, la LMRFP, en su art. 15, redactado por la Ley 23/1988 de 23 de julio, como consecuencia de la STC de 11 de junio de 1987, dispone que los puestos de trabajo de las distintas administraciones públicas serán servidos por funcionarios y sólo podrán ser desempeñados por personal laboral determinados puestos de naturaleza no permanente, los propios de oficios....etcétera. Por otra parte, la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases de Régimen Local, la Ley 39/1988 de 28 de diciembre de las Haciendas Locales y el Reglamento General de Recaudación, aprobado por Decreto de 1684/90 de 20 de diciembre, configuran un margo legal regulador del servicio de recaudación de los Ayuntamientos que evidencia la “clara tendencia a que este servicio sea llevado a cabo directamente por los Entes Locales a través de su funcionariado”<sup>228</sup>.

Pues bien, a la vista de la interpretación efectuada por el Tribunal Supremo acerca del art. 44 ET -y disposiciones concordantes de la Directiva Comunitaria 77/87 de 14 de febrero, modificada por la Directiva 98/88 y derogada por la 2001/23-, que integra el supuesto de hecho de la sucesión de empresas con dos requisitos esenciales y constitutivos como el que hace referencia al cambio de titularidad de la empresa o de un elemento significativo de la misma que debe ser un centro de trabajo o una unidad productiva autónoma<sup>229</sup> y que los elementos cedidos patrimoniales constituyan una unidad de producción susceptible de una explotación

---

4216/2000.

<sup>227</sup> En cuanto a esta cuestión, el Tribunal Supremo ha traído a colación el Reglamento General de Recaudación aprobado por Decreto 3286/69 de 19 de diciembre y el texto articulado de las Leyes de Bases de Régimen Local aprobado por Decreto de 14 de junio de 1955, que preveían la posibilidad de que cualesquiera impuestos o tributos se pudieran recaudar por gestión directa o “mediante acuerdo, concierto o gestión afianzada”. Estas normas son las que utilizan los Ayuntamientos para arrendar o concertar la gestión recaudadora con entidades privadas.

<sup>228</sup> Véase Fundamento de Derecho Tercero de la STS de 19 de junio de 2002, RJ. 7492.

<sup>229</sup> Dicho cambio de titularidad puede producirse en razón de un acto Inter. Vivos de cesión o transmisión entre el empresario anterior y el nuevo o en virtud de una transmisión “mortis causa” de la empresa o de una parte significativa de la misma, (art. 44 y 49.1 g) del ET).

o gestión separada, la solución ofrecida por el Tribunal a los supuestos de reversión de actividades recaudatorias, no aprecia la existencia de sucesión empresarial. Así pues, no basta la simple transmisión de bienes, sino que éstos han de constituir un soporte económico suficiente para que continúe activa la acción empresarial precedente. Esto ha sido así cuando se entiende suficientemente acreditado que la actividad principal se desarrolla siempre en un local propiedad del Ayuntamiento, y se lleva a cabo sobre expedientes y documentos del propio Ayuntamiento. Así pues, se considera que no hay transmisión patrimonial de la anterior empresa al Ayuntamiento y, en consecuencia, se carece del elemento esencial de la sucesión de empresa.

Por otra parte, la jurisprudencia da una respuesta negativa a la posibilidad de que la contrata sirva de cauce jurídico para el cambio de titularidad<sup>230</sup>. Ciertamente, la privatización, como denominación común o general, puede referirse a procesos por medio de los cuales entes públicos pasan a ser de titularidad privada, o bien, a servicios públicos que pasan a ser gestionados privadamente. Pero lo cierto es que se dan múltiples posibilidades. Como se ha puesto de manifiesto<sup>231</sup>, puede darse el cambio de titularidad y luego una contrata, o bien puede celebrarse una contrata sin que haya habido un cambio de titularidad, incluso es posible, por otro lado, que se produzca un cambio de titularidad sin descentralización productiva. En fin, los supuestos de transferencia de la gestión del servicio son variados y pueden llevar aparejada la transmisión de medios personales, trabajadores y funcionarios. Así pues, si en estos cambios se produce la transferencia de la organización empresarial, se aplicará la subrogación prevista en el art. 44 ET<sup>232</sup>.

---

<sup>230</sup> Vid. STS de 30 de diciembre de 1993 (RJ.10078).

<sup>231</sup> CRUZ VILLALÓN, J. y RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P. "Problemática laboral de la privatización y externalización de los servicios públicos", *Revista de Derecho Social*, nº 3, 1999, pág. 21.

<sup>232</sup> ROQUETA BUJ, R.; "La repercusión de la descentralización de los servicios públicos locales en los derechos colectivos de los empleados públicos", *Relaciones Laborales* nº 17, 1998, pág. 43

En fin, todas estas cuestiones plantean y dejan sin resolver numerosos interrogantes. ¿Tiene el trabajador al servicio de la Administración, como empleado público, derecho a cierta inamovilidad, a conservar el derecho a seguir siendo empleado público? Y por otra parte, ¿qué sucede si el planteamiento se hace a la inversa? ¿Y si se produce una entrada dentro del ámbito público por el hecho de que sea la Administración la que pase a subrogarse? ¿Los trabajadores pasan a ser empleados públicos? Esta es una cuestión aún sin resolver, que plantea y seguirá haciéndolo muchos problemas a nuestros tribunales que en la resolución de la misma no han encontrado una respuesta que dé satisfacción a los especiales intereses que se hallan en juego desde el mantenimiento de una concepción más abierta de transmisión de empresa se puede contribuir a superar este problema.

#### b) Contratas y cesión ilegal de trabajadores

La realización de contratas y subcontratas nada tiene de irregular en lo concerniente a lo que es el puro mecanismo de organización empresarial. No obstante, es un hecho que los efectos de las mismas sobre los contratos de trabajo vienen provocando una abundante litigiosidad como consecuencia de la celebración de contratos temporales anudados a las contratas, así como la posibilidad de que al amparo de estas fórmulas pueda producirse la cesión ilegal de trabajadores. Como era de esperar, también en el ámbito del empleo público se ha reproducido esta situación, lo que ha provocado que al ya de por sí complejo panorama que ello ocasiona, se una toda la batería de peculiaridades, modalizaciones y problemática general que lleva consigo la contratación con la Administración Pública.

Como se indicaba al principio, el elemento que califica los mecanismos de contratación y subcontratación, tomado desde una perspectiva estática, es diferente del elemento característico de la sucesión de empresa por la transferencia al sector privado de la titularidad de un servicio. No plantea problemas articular la contrata

por la vía de una concesión administrativa<sup>233</sup>. En estos casos, se trata de un servicio que sigue siendo público aunque la gestión del mismo pase a manos privadas. Ello determina la continuidad de la responsabilidad solidaria de la Administración, si se puede identificar en ese servicio la “actividad propia” de la Administración. Aquí reside la clave por la cual se puede aplicar el art. 42 ET a la Administración y justificar la existencia de una responsabilidad solidaria. La circunstancia de que se trate de un servicio público, ha sido considerada por sí sola, suficiente para entender que se trata de servicios correspondientes a la propia actividad de la Administración<sup>234</sup>. Los problemas, no obstante, vendrán planteados cuando sólo se externalice una parcela de un servicio y no la totalidad del mismo, por ejemplo, el servicio de limpieza en una dependencia pública, pues en estos casos, no puede identificarse la propia actividad<sup>235</sup>. El criterio seguido parece ser el de atender al destinatario de los servicios externalizados, de forma que los servicios al público constituyen la propia actividad en tanto que en aquéllos cuya destinataria sea la Administración, la propia actividad no se presume<sup>236</sup>.

Pero, la mayor fuente de los problemas que pueden producirse con ocasión de la celebración de contrataciones de obras y servicios, es la sucesión de contrataciones y la posibilidad de aplicación en estos supuestos de la subrogación empresarial del art. 44 ET. En principio, antes de nada, se debe decir que el hecho de que aparezca implicada una administración no debería impedir el juego de la sucesión de empresas. No obstante, en general, una ya referenciada jurisprudencia sostiene la

---

<sup>233</sup> SSTs 15 de julio (RJ. 5990), 27 de septiembre (RJ. 6910), 18 de noviembre de 1996 (RJ. 8628), 6 y 18 de marzo de 1997 (RJ. 2256 y 2572), de 29 de octubre de 1998 (RJ. 9049). Vid. CRUZ VILLALÓN, J. y RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P. “Problemática laboral de la privatización y externalización de los servicios públicos”, *Revista de Derecho Social*, nº 3, 1999, pág. 23. Vid también, MARTÍN JIMÉNEZ, R.; “Descentralización funcional en las Administraciones Públicas y propia actividad”, *Relaciones Laborales* nº 4, 1999, págs. 68 a 73.

<sup>234</sup> CRUZ VILLALÓN, J. y RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P., op. cit. 25.

<sup>235</sup> En un comentario a la STS de 29 de octubre de 1998, sobre el contenido de la propia actividad del INEM, vid. MARTÍN JIMÉNEZ, R.; “Descentralización funcional en las Administraciones Públicas y propia actividad”, *Relaciones Laborales* nº 4, 1999, págs. 68 a 73.

<sup>236</sup> STS de 18 de enero de 1995 (514) y STS de 15 de julio de 1996 (5990).

teoría del soporte patrimonial mínimo para negar que se produzca tal subrogación. Ciertamente, la práctica seguida por la negociación colectiva al establecer en los convenios colectivos mecanismos subrogatorios similares a los previstos en el art. 44, ha mitigado, en parte, los problemas que se plantean<sup>237</sup>. De igual modo, la previsión de la subrogación en las cláusulas específicas de los pliegos de condiciones de adjudicación de la concesión administrativa, cumple idéntico papel. Pero debe tenerse en cuenta que, fuera de estas específicas previsiones, la jurisprudencia ha negado efectos subrogatorios con carácter general a los casos de sucesión de contratistas por entender ausente la transmisión de un mínimo soporte patrimonial<sup>238</sup>.

Mucho se ha trabajado y discutido sobre esta cuestión y, en particular, acerca de cuál deba ser el contenido de la transmisión operada. En este sentido, al hilo de la jurisprudencia del TJCE, se han ido abriendo consideraciones más flexibles acerca de los criterios determinantes de la existencia de transmisión de empresa relacionados con la continuación de los servicios o el mantenimiento de la explotación<sup>239</sup>. Así, por ejemplo, en el supuesto de asistencia domiciliaria prestada por una empresa privada en convenio con la Administración, tratándose de actividades en las que no es esencial la existencia de elemento patrimonial alguno para la prestación de las mismas, lo esencial es la prestación personal de actividad de los trabajadores y un sistema de organización de la prestación de trabajo<sup>240</sup>. En estos casos, el valor que se transmite al nuevo contratista –o concesionario– si emplea a los mismos trabajadores afectos a esa actividad, residirá en la mano de

---

<sup>237</sup> MORÓN PRIETO, R. “Concepto de transmisión de empresa de la Directiva 77/187/CEE: Divergencias interpretativas entre las decisiones del TJCE y la doctrina del Tribunal Supremo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Derecho Social Internacional y Comunitario*, MTAS, nº 7, 1998, pág. 258.

<sup>238</sup> STS de 5 de abril de 1993 (RJ. 2906).

<sup>239</sup> MORÓN PRIETO, R. “Concepto de transmisión de empresa de la Directiva 77/187/CEE: Divergencias interpretativas entre las decisiones del TJCE y la doctrina del Tribunal Supremo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Derecho Social Internacional y Comunitario*, MTAS, nº 7, 1998, pág. 259.

<sup>240</sup> STSJ Castilla-La Mancha de 30 de enero de 1999 (AS.162).

obra, en la peculiar forma de organización del trabajo que constituirá una plusvalía que incorporará a su empresa. De esta forma, la continuidad de las relaciones laborales “es asimilable a la que resulta de la transmisión de una entidad económica y ello justifica la aplicación del régimen sucesorio previsto en el art. 44 ET”<sup>241</sup>.

Existe, por otra parte, una realidad que discurre en paralelo a lo largo de todos los procesos de privatización. Y es que, realmente, la incorporación al ámbito público de estas técnicas de gestión de los servicios, que incorporan ingredientes de flexibilidad importantes, se enfrenta, sin embargo, con la realidad de un sujeto público frente al cual determinadas consecuencias no son admisibles. Es legítimo que la Administración, mediante la realización de una contrata, entregue a una empresa contratista la realización de una determinada actividad<sup>242</sup>. Ahora bien, la contratista debe ser una empresa con autonomía y patrimonio, dotada de una organización suficiente para realizar la actividad comprometida, empleando, a tal fin, recursos materiales y humanos por ella gestionados.

Si la realización de una contrata de obras y servicios se produce con una empresa que sólo presenta una mera apariencia de tal, en el sentido de que carece de autonomía, de medios materiales o de organización propia, y sirve tan solo como mecanismo interpositorio para suministrar personal, nos encontraremos ante una

---

<sup>241</sup> DE LA PUEBLA PINILLA, A.; “Cambio de contratista, continuidad de las relaciones laborales y transmisión de empresa: discrepancias entre la doctrina nacional y la comunitaria (a propósito de la Sentencia del TJCE de 24 de enero de 2002, asunto *Temco*)”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 4, 2002, págs. 747 y 748. Vid. también, en relación a los riesgos derivados de dicha interpretación que, aún siendo favorecedora de la estabilidad en el empleo, puede conducir a que los empresarios eviten la aplicación de la disciplina sucesoria eludiendo la contratación de los trabajadores que estaban afectos al servicio, o que las cláusulas de este tipo desaparezcan de los pliegos de concesiones administrativas: DESDENTADO BONETE, A.; “La sucesión de empresa: Una lectura del nuevo art. 44 ET desde la jurisprudencia”, *Revista del Ministerios de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 38, 2002, pág. 254.

<sup>242</sup> La condición pública del empresario no excluirá la aplicación del art. 42 ET, vid. SSTs de 15 de julio, de 27 de septiembre y de 31 de diciembre de 1996 (RJ. 5990, 6910 y 9867 respectivamente) que incluyen en el supuesto de hecho del art. 42 ET a las concesiones administrativas.

cesión ilegal de trabajadores<sup>243</sup>, pero, a este respecto, el Tribunal Supremo entiende que en el ámbito público la normativa laboral debe ser aplicada con reservas.

El art. 43 ET prevé que en supuestos de cesión ilegal responden solidariamente cedente y cesionario de las obligaciones salariales y de seguridad social contraídas con los trabajadores cedidos. También queda reconocido el derecho de estos trabajadores a la adquisición de la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Pero, en la Administración, la adquisición de la condición de fijo debe producirse de conformidad con los principios de mérito y capacidad en los términos establecidos por la Ley para garantizar el principio de igualdad en el acceso, razón por la cual, una importante doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ha establecido que el Trabajador no puede alcanzar la condición de fijo de plantilla en la empleadora pública contratante o cesionaria<sup>244</sup>.

Del mismo modo que en los supuestos de contratación irregular, como se verá más adelante, no cabe reconocer la fijeza del trabajador afectado que será declarado indefinido no fijo de plantilla, el Tribunal ha extendido esta conclusión a los casos en los que la irregularidad afecta a la figura del empresario<sup>245</sup> y así, el trabajador que ha sido objeto de cesión ilegal tendrá la consideración de trabajador de la Administración con carácter indefinido no fijo hasta que se cubra reglamentariamente su plaza<sup>246</sup>.

---

<sup>243</sup> STSJ Cataluña de 18 de enero de 1993 (AS. 403) y STSJ Madrid de 31 de octubre de 2001 (AS. 4471). Vid también STSJ Canarias (Stª Cruz de Tenerife) de 3 de enero de 2003, J 99, Información Laboral 2003.

<sup>244</sup> SSTs de 12 de marzo, 19 de junio y 17 de septiembre de 2002, RJ. 5140, 10677 y 10649.

<sup>245</sup> SEMPERE NAVARRO, A. V. y QUINTANILLA NAVARRO, R.Y.; *La contratación laboral en las administraciones públicas*, Cuadernos de Aranzadi Social nº 17, 2003, pág. 152

<sup>246</sup> Esta solución jurisprudencial ha sido seriamente criticada por ALFONSO MELLADO, C. L. y PEÑA OBIOL, S.; "De nuevo el trabajador indefinido no fijo. Ahora en supuesto de cesión ilegal de trabajadores", *Revista de Derecho Social* nº 22/2003, pág. 165 en donde los autores critican el uso expansivo que se le está dando, por parte del TS a la figura, ya de por sí polémica, del indefinido pero no fijo de plantilla, cuando se utiliza también para resolver los supuestos de cesión ilegal.



La línea doctrinal que adopta el Tribunal Supremo al aplicar también en los casos de cesión ilegal en los que aparece implicada una Administración Pública, la figura del trabajador indefinido no fijo de plantilla, se sostiene sobre la base de entender que existe una identidad entre lo dispuesto por los artículos 8.2 y 15.2 y 3 ET sobre contratación temporal fraudulenta y lo dispuesto por el artículo 43.3 ET, sobre cesiones de trabajadores prohibidas. Sin perjuicio de lo que se verá en el capítulo tercero de este trabajo al examinar la contratación temporal irregular en la Administración Pública, puede destacarse lo discutible que resulta el empleo expansivo de la figura del trabajador indefinido no fijo, habida cuenta del significado que el Tribunal Supremo le confiere a ésta –como contrato *temporalmente indefinido*<sup>247</sup>– y de la gravedad singular que poseen los supuestos de cesión ilegal en los que aparece implicada una Administración Pública.

c) El recurso a las Empresas de Trabajo Temporal

Desde el año 1994, momento en el que se legalizó el funcionamiento de las empresas de trabajo temporal en el mercado de trabajo para la cesión temporal de trabajadores por ellas contratados, este tipo de empresas ha experimentado un señalado auge en nuestro sistema sólo matizado como consecuencia de la reforma correctora de 1999. Con la admisibilidad de la cesión temporal de trabajadores, la ETT's comenzaron a gestionar una parte considerable de la contratación temporal que se producía en el mercado de trabajo español proporcionando al tiempo dosis elevadas de flexibilidad a las empresas usuarias al suministrar personal temporal sin las complicaciones de la selección ni de la formalización del contrato o de la procura de la formación adecuada.

Desde el punto de vista de los trabajadores, la entrada de las ETT's en la escena de la contratación temporal trajo consigo la degradación de las condiciones de trabajo de este tipo de trabajadores en un mercado que presentaba en aquellos años

---

<sup>247</sup> STS de 27 de mayo de 2002, (RJ. 9893).

un índice de precariedad alarmante en términos de comparación europeos. Esta realidad estuvo detrás de la reforma de la L. 14/1994 acometida en el año 1999 que pretendió resolver algunos de los problemas acuciantes, tales como la equiparación salarial de los trabajadores en misión con los salarios de aquéllos contratados directamente por las empresas, o la mejora de sus condiciones formativas. Además se reforzaron los supuestos en los cuales no era permitido el recurso a las ETT's con la intención de limitar los procesos de sustitución de trabajadores de las plantillas de las empresas usuarias, por trabajadores en precario cedidos a través de ETT's.

Como era de esperar, las administraciones públicas no tardaron en poner sus ojos sobre este mecanismo de cobertura temporal de puestos de trabajo. Si la adecuación al mercado de trabajo español de esta vía abierta para la cesión legal de trabajadores no se estaba produciendo sin esfuerzos, tensiones y problemas, en el ámbito público el recurso a las ETT's tuvo un efecto multiplicador de los problemas que de por sí la contratación temporal en ese ámbito generaba. Ello no obstante, el argumento principal esgrimido en defensa de la utilización de estas empresas por parte de la Administración pública estuvo desde el inicio vinculado al principio de eficacia de la actuación administrativa<sup>248</sup>.

La posibilidad de la Administración de recurrir a ETT's ha recibido la atención de la doctrina<sup>249</sup>. El marco jurídico de las ETT's no prohíbe que las

---

<sup>248</sup> Así lo puso de manifiesto; CHACARTEGUI JÁVEGA, C.; "La contratación a través de empresas de trabajo temporal por parte de la Administración Pública" en *Revista de Derecho Social* nº 6/1999, pág. 59. En esta línea, se pone de manifiesto que la consecución de la pretendida eficacia no puede justificar el recurso de la Administración a las ETT, "de tal forma que se prescinda de cualquier tipo de procedimiento de selección objetivo." Además, se cita el Auto del TSJ Comunidad Valenciana de 10 de diciembre de 1997, mediante el cual se procedió a la suspensión cautelar de la ejecutividad del acto administrativo por el que el Ayuntamiento de Alicante acordaba la contratación de servicios de carácter temporal de determinado personal a través de empresas de trabajo temporal. El TSJ Comunidad Valenciana argumenta al respecto de la cuestión "que la actuación del Ayuntamiento de Alicante, justificada tan sólo en razones de eficacia y flexibilidad ante una pretendida rigidez de las Bolsas de Trabajo, perfectamente evitable por otros mecanismos, genera el riesgo manifiesto de que sean los criterios de la empresa contratista y no las (...) pautas constitucionales las que determinen la selección del personal que deba acceder al sector público.

<sup>249</sup> CHACARTEGUI, C. en *Revista de Derecho Social*, "La contratación a través de empresas

administraciones actúen como empresas usuarias. Téngase en cuenta que si la Administración puede contratar trabajadores, estando tal contratación sometida al derecho del trabajo, del mismo modo podrá atender a esas tareas acudiendo a las ETT's<sup>250</sup>.

En cualquier caso, la reforma de la Ley de Contratos de la Administración del Estado clarificó bastante la situación al establecer los supuestos concretos en los que se permite el recurso a las ETT, así como la salvedad acerca de las consecuencias de los incumplimientos en cuanto a la normativa reguladora que, en este ámbito, pueden plantear problemas. El art. 103.3 CE es, en efecto, un importante condicionante. El acceso a la función pública se debe producir de conformidad con los principios de mérito y capacidad puesto que esta exigencia es exigible con respecto a la totalidad del personal al servicio de la Administración.

La Exposición de Motivos de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre por la que se modificó la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, generó la sensación de que en ésta se dispensaba una acogida abierta y favorable a este recurso de contratación temporal por parte de las administraciones públicas<sup>251</sup>. Pero ello no ha quedado así plasmado en el texto de la norma que

---

de trabajo temporal por parte de la Administración Pública" en *Revista de Derecho Social* nº 6/1999, págs. 55 a 77; GALA DURÁN, C. "Administraciones Públicas y Empresas de Trabajo Temporal", *Relaciones Laborales*, I/2001, págs. 16 a 45; ELORDI DENTICI, A.; DEL REY GUANTER, S.; SERRANO MARTÍNEZ, J.E. y GALA DURÁN, C.; *Trabajo, temporalidad y empresas de trabajo temporal en España*, AGETT, Madrid, 2001, págs. 243-255;

<sup>249</sup> A este respecto, resulta de interés la reflexión de PRATS I CATAL, J.; op. cit. pág. 128, acerca de esos servicios de los que se observa la tendencia a su mantenimiento.

<sup>250</sup> Vid. CRUZ VILLALÓN, J. y RODRÍGUEZ RAMOS VELASCO, P. "Problemática laboral de la privatización y externalización de los servicios públicos", *Revista de Derecho Social*, nº 3, 1998, pág. 36.

<sup>251</sup> Así, se ha destacado que el carácter restringido de la regulación finalmente adoptada contrasta con el contenido que sobre el particular tenía el anteproyecto de ley de modificación de la LCAP; vid. ELORDI DENTICI, A.; DEL REY GUANTER, S.; SERRANO MARTÍNEZ, J.E. y GALA DURÁN, C.; *Trabajo, temporalidad y empresas de trabajo temporal en España*, Aggat, 2001, pág. 244. En un sentido muy crítico respecto a la posibilidad de recurso a las ETT's por parte de la Administración se alzaron voces procedentes del ámbito sindical, que quedaron reflejadas en el voto particular formulado al *Dictamen del Consejo Económico y Social* de 27 de

finalmente ha regulado la cuestión. En efecto, el art. 196 del RD Legislativo 2/2000, de 16 de junio introduce limitaciones a esta posibilidad poniéndose de manifiesto la finalidad de reducir el recurso a las ETT's a supuestos muy concretos.

La Administración únicamente podrá obtener la cesión de trabajadores temporales a través de un contrato administrativo público en el supuesto que se señala en el art. 196 del RD 2/2000, que regula los contratos de consultoría y asistencia y los de servicios. En concreto, sólo podrá recurrirse a una ETT en virtud de un contrato de servicios cuyo objeto consista en la realización de encuestas, tomas de datos y otros servicios análogos. Por otra parte, sólo podrá recurrirse a una ETT cuando se precise la puesta a disposición de la Administración Pública de personal con carácter eventual, siendo el plazo de los contratos de un máximo de seis meses y extinguiéndose a su vencimiento sin que haya posibilidad de prorrogarlos.

Como se observa, es claro el carácter restringido que el legislador ha querido dar a la posibilidad de las administraciones públicas de recurrir a las ETT's en determinados supuestos. En buena medida, la evidencia de este carácter restringido se percibe en determinadas peculiaridades que su régimen jurídico presenta en contraste con el régimen común establecido por la LETT. Es importante destacar de la presente regulación, la disposición que impide que se pueda producir la consolidación del trabajador cedido por la ETT como personal de las administraciones públicas al no resultar aplicable en este contexto la regla del art. 7.2 de la LETT. Así pues, como consecuencia de la introducción de la excepción a la aplicación de la regla del art. 7.2 LETT, si transcurrido el plazo de seis meses establecido por la Ley, el trabajador en misión continúa prestando servicios en las dependencias administrativas, no consolidará por ello un puesto de trabajo en la administración. En la misma línea restrictiva figura la previsión de que el contrato

de puesta a disposición no se pueda clasificar como un contrato menor, figura prevista por la Ley cuando el montante de su cuantía no supere los 12.020,24 euros, con ello se impide la flexibilización de los trámites previstos para su conclusión<sup>252</sup>.

Es también muy relevante la labor que se está llevando a cabo, con idénticos propósitos restrictivos, desde las CCAA. Por ejemplo, la CAM ha asumido el compromiso de no recurrir a las ETT's para resolver sus necesidades temporales<sup>253</sup>. Pero, la duda surge a la hora de saber cuál es la virtualidad que cabe atribuir a lo dispuesto en las normas autonómicas, sobre todo si se tiene en cuenta que lo dispuesto en el RD Leg. 2/2000 sobre la utilización de las ETT's en el marco de la Administración pública, se califica como legislación básica. Existen opiniones en la doctrina<sup>254</sup> que, debido al carácter básico de la regulación del art. 196.3 del RD Leg. 2/2000, entienden que la normativa autonómica tiene necesariamente que respetar lo allí dispuesto. Sin embargo, la situación planteada puede interpretarse desde una perspectiva “totalmente distinta”, esto es, como una simple autolimitación por parte de la Administración autonómica en cuanto eventual empresa usuaria a la hora de recurrir a las ETT. Esto es, las administraciones autonómicas que incluyan este tipo

---

<sup>252</sup> La finalidad de la categoría de los contratos menores es el establecimiento de un límite de cantidad por debajo del que se permite cierta flexibilización en los trámites, como puede ser en la adjudicación del contrato a través del procedimiento negociado sin publicidad o el expediente de contratación que generalmente se prevé para todos los contratos menores en el art. 56 del RD Leg. 2/2000, ELORDI DENTICI et alt., op. cit. pág. 254.

<sup>253</sup> Disposición Adicional Quinta, de la Ley de 27 de diciembre de 1999, de Presupuestos de la Comunidad de Madrid, que establece que “la administración autonómica, los entes, organismos autónomos, agencias, consorcios y empresas públicas, en el ámbito de la Comunidad de Madrid, no utilizarán empresas de trabajo temporal”. Del mismo modo, el artículo 16 de la Ley 15/1999, de 29 de diciembre, de medidas tributarias, financieras y administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón, señala que “la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, incluidos sus organismos y empresas públicas, se abstendrá de contratar personal a su servicio a través de las denominadas empresas de trabajo temporal”. Un interesante estudio acerca de la introducción de cláusulas sociales en los criterios de adjudicación de los contratos administrativos así como de la posibilidad de limitación del recurso a las ETT's por parte de las administraciones públicas puede verse en ESPÍN SÁEZ, M. y MELERO ALONSO, E.; “El contrato administrativo como instrumento para ejercer políticas públicas. Fomento del empleo estable y contratación con empresas de trabajo temporal”, *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, nº 1, 1999, págs. 133 a 157.

<sup>254</sup> DEL REY GUANTER, S. y GALAN DURÁN, C.; “Administraciones Públicas y Empresas de Trabajo Temporal”, *Relaciones Laborales*, I/2001, págs. 16 a 45.

de cláusulas, lo que hacen es renunciar a recurrir a las ETT en tanto que son potenciales empresas usuarias; el instrumento legislativo a través del cual efectúan este compromiso puede ser la ley de presupuestos o bien una ley de medidas, de acompañamiento de los presupuestos.

Del mismo modo, es posible la inclusión de cláusulas limitativas de la utilización de estas empresas a través de la negociación colectiva de las empresas usuarias<sup>255</sup>. Aunque también para esta posibilidad se han formulado críticas por parte del sector de las EET's que denuncian cómo este tipo de cláusulas que excluyen de manera absoluta el recurso a las EET's, "reducen su cuota de mercado, les producen un daño desproporcionado, falsean la competencia y, en consecuencia lesionan su propio interés"<sup>256</sup>. No obstante, en defensa de las mismas se debe tener en consideración el hecho de que sea el propio empresario el que en la negociación del convenio colectivo decida libremente no acudir a este tipo de empresas. En el marco de la negociación colectiva se puede producir la renuncia de la empresa a determinadas potestades directivas. Ello, antes que una renuncia de derechos, constituye un compromiso temporal de no ejercitar su derecho a contratar con ETT's.

En este sentido es en el que debe considerarse lo dispuesto en el art. 38.6 del Convenio Colectivo Único para el personal laboral al servicio de la Administración General del Estado que supone la asunción de un compromiso por parte de la Administración empleadora de "seguir los criterios contenidos en la Proposición no de Ley de 25 de marzo de 1998, sobre servicios a utilizar por los organismos públicos o dependientes de los mismos para dotarse de recursos humanos

---

<sup>255</sup> Acerca de la negociación colectiva en las empresas usuarias como vía de actuación indirecta en la actividad de las EET's y en las condiciones laborales de los trabajadores cedidos, vid. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.; "ETT: Reforma legislativa, III Convenio Colectivo del sector y negociación colectiva de las empresas usuarias", *Anuario 2000 de la negociación colectiva*, UGT, 2000, págs. 149 a 167.

<sup>256</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.; op. cit. pág. 163.

temporalmente<sup>257</sup>. Con ello, se persigue que desde el empleo público se ofrezca un ejemplo de limitación al trabajo más precario.

No obstante, a pesar de esta regulación restrictiva del uso de las ETT's por las administraciones públicas, existen vías indirectas que de facto permiten la presencia en los servicios públicos de trabajadores cedidos por ETT's. Así, a través de las contrataciones de servicios<sup>258</sup> cuando la contratista recurra a una ETT. Ello constituye, sin duda, un factor de flexibilización de gran alcance toda vez que puede ser una vía para esquivar la normativa restrictiva que según se está viendo, regula esta materia. Pese a que se ha prohibido la contratación directa, la prestación de servicios por esta vía del art. 42 ET no está prohibida.

Más polémico aún resulta el supuesto de que la empresa contratista no teniendo propio personal, contrate todo con una ETT, ante el nivel de subcontratación es posible que podamos estar ante una cesión ilegal. Porque una empresa de servicios debe poseer su propio "know how", debe poder contar con su propio personal especializado como para poder desempeñar por sí misma el servicio en cuestión. La ETT podría ceder trabajadores a la empresa de servicios con un límite, tiene que tratarse de trabajos muy específicos y cualificados en una materia concreta<sup>259</sup>.

---

<sup>257</sup> Efectivamente, el CCU recoge los términos de la Proposición no de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida, que se aprobó con modificaciones por la Comisión de Política Social y Empleo en su sesión de 25 de marzo de 1998 (BOGG, Congreso de los Diputados, serie D, nº 262). La citada proposición instaba al Gobierno a que emita instrucciones a las administraciones central y periférica del Estado, sus organismos autónomos, las EEGG de la SS así como las empresas públicas y concertadas de unos y otras dependientes, a fin de que empleen los servicios del INEM para las contrataciones temporales de carácter estacional. En fin último de la proposición es el de limitar el recurso a las empresas de trabajo temporal.

<sup>258</sup> STS de 18 de marzo de 1999, (2747).

<sup>259</sup> En este sentido se han manifestado CHACARTEGUI JÁVEGA, C.; op. cit. pág. 73 que considera que las empresas no cumplirían los requisitos del artículo 198 de la Ley 13/1995 que exige que las empresas adjudicatarias para llevar a cabo la concesión del servicio a las mismas, dispongan de una organización con elementos personales y materiales suficientes para la debida ejecución del contrato. De idéntico parecer es DEL REY GUANTER, S.; y GALA DURÁN, C.; op. cit., págs. 16 a 45.

### 3.3.4 Conclusión: matizaciones acerca de los procesos de privatización

La existencia de no pocos trabajos de investigación que han profundizado en los procesos de “privatización” o de “huída del derecho administrativo”, pone de manifiesto de manera clara el interés con que es atendido por parte de la doctrina el progresivo retroceso en nuestras sociedades de lo público ante los valores privados<sup>260</sup>. Con estas líneas se quiere poner de manifiesto lo ambivalente de las fuerzas de tendencia que están presentes en la cuestión, igual que se observaba en las páginas dedicadas a los instrumentos de gestión en el empleo público o en torno a la propia idea de empleado público<sup>261</sup>.

Y es que, efectivamente, a pesar de lo llamativo de las expresiones, *huída del derecho administrativo*, o *privatización*, si se profundiza en la puesta en marcha de cada uno de los procesos que se enmarcarían dentro de las anteriores expresiones, se puede comprobar, paradójicamente, la abundancia de controles y la complejidad de los procesos. Agudamente manifestaba SUPLOT cómo “en la organización de los servicios públicos, la mengua de la función patronal del Estado ha ido pareja al auge de su función reglamentaria” y así, en el confuso y complicado proceso de reordenación de lo público, se puede percibir un incremento notabilísimo de la reglamentación.

Ello hace, incluso, que pueda llegar a plantearse la cuestión de si el sometimiento del funcionamiento de ciertos servicios públicos a formas de gestión o de organización propias del empleo privado redundaría realmente en beneficio - entendiendo el término beneficio en su acepción más amplia- de los mismos. Pues bien, a esta idea se encuentra ligada la propia concepción de la eficacia en el empleo público<sup>262</sup>, en el cual, llegado un cierto punto, es imposible la desaparición

<sup>260</sup> SUPLOT, A. “El trabajo y la oposición público-privado”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 115, 1996, nº 6, págs. 709 a 720.

<sup>261</sup> En esta línea, vid. SUPLOT, A.; “El trabajo y la oposición público-privado”, op. cit.

<sup>262</sup> SUPLOT, A., op.cit., señala (págs. 715-716) que las consideraciones de interés colectivo se



de controles en aras de una mayor agilidad.

En términos parecidos se subrayaba con anterioridad, a propósito de las ETT en el empleo público, lo contradictorio que resultaba el hecho de que, siendo estas empresas un indiscutible elemento de flexibilidad en la incorporación de personal temporal a una organización, su admisibilidad en el empleo público no se ha dado sin una limitadora regulación. Este hecho resulta comprensible desde el punto de vista de la salvaguarda de los valores constitucionales del empleo público y, por otro lado, no será desde estas líneas criticado, pero, sea como fuere, resulta llamativo que regulación existente sobre la materia dibuja un contexto difícil para la utilización de estas empresas, al menos directamente, como se ha observado.

Otro tanto puede decirse de la planificación de los recursos humanos en el ámbito público. Ésta, que aparece como una técnica importada desde el ámbito privado, y que se ha presentado, no sin razón, como un ingrediente indispensable para la mejora en la gestión y el incremento de la eficacia; sin embargo se encuentra sometida a las regulaciones, controles, y salvedades propios de un contexto público presidido por la lógica del derecho administrativo. Basta observar en este sentido como el propio término: *management*, alusivo a esa inspiración en las técnicas de organización y gerencialismo de las organizaciones privadas, ha llegado a ser un elemento clásico de las organizaciones públicas, que lo han interiorizado y dotado de autonomía. El resultado, si se mira bien, se produce siempre en términos similares: negociación sí, pero no tanto. Contratación temporal más flexible, sí pero no tanto. Planes de empleo para fomentar la flexibilidad, sí pero no tanto. Por todas partes donde se observe con atención es posible percibir la lucha de fuerzas antitéticas que puede decirse que conforman el panorama de lo público desde hace ya mucho tiempo.

---

están perdiendo de vista en la organización del trabajo, que la defensa del servicio público pasa no sólo por la continuidad y la generalidad de su mantenimiento sino que además se exige, ante todo, calidad.

### **CAPITULO III: CONTRATACIÓN LABORAL Y EMPLEO PÚBLICO. LA ARTICULACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO**

#### **1. EL CONTEXTO PÚBLICO Y LA MIXTIFICACIÓN DE REGÍMENES**

A pesar de que el ámbito público es un ámbito sustancialmente sometido al derecho administrativo, se encuentra simultáneamente intervenido por otras ramas del ordenamiento, entre ellas el derecho del trabajo. En los dos capítulos anteriores ya se anticipaba la convicción de que una parte de los variados problemas que aquejan a las administraciones de nuestros días podría deberse a las fragmentadas o parciales consideraciones que son proyectadas sobre ellas y que tienden a rehuir el tratamiento global hasta sus últimas consecuencias. Por ello, y aún a riesgo de que la primera aproximación a lo tratado en este tercer capítulo arroje la impresión general de heterogeneidad o de una mixtificación que pudiera resultar difícil de comprender, el propósito es abordar el estudio de la articulación de las figuras contractuales laborales teniendo en cuenta, como un elemento fundamental, el contexto en el que éstas se incardinan. Así, se tratan cuestiones propias de las relaciones laborales en el entorno público pero éstas van seguidas, sin solución de continuidad, por otras que son propias de la función pública. Puede notarse, incluso, la ausencia en estas páginas que siguen, de cuestiones que son ya clásicas en todo tratamiento de la contratación laboral en la Administración Pública; ello obedece a que más que en el detenido desarrollo de la dinámica del contrato de trabajo en el empleo público, el énfasis se centrará en sus conexiones con el resto de elementos, muchos de ellos extraños a la disciplina laboralista, que coexisten con él.

La heterogeneidad no es una característica exclusiva de este campo y menos en tiempos como los presentes, en los cuales el mestizaje normativo se encuentra a la orden del día en los ordenamientos jurídicos. Así pues, en unión con otras

iniciativas ya abordadas, las consideraciones que siguen, toman como punto de partida la impresión de que es necesario considerar la realidad de la prestación de servicios para las organizaciones públicas desde una perspectiva unitaria que, más que clasificar y dividir al personal según su distinto fundamento y régimen regulador, atienda a los elementos transversales que lo caracterizan.

Sólo esta perspectiva permite poner en relación realidades aparentemente dispares como la contratación administrativa, la función pública y la contratación laboral. También instrumentos tan heterogéneos como las relaciones de puestos de trabajo y los mecanismos de extinción del contrato de trabajo, la carrera administrativa y la reordenación del personal, como se verá en el capítulo siguiente. En definitiva, lo analizado hasta ahora constituye la base imprescindible sobre la que se apoyarán las páginas que siguen y que lo complementan.

Otra constante en las administraciones públicas es la búsqueda de flexibilidad. En páginas anteriores se veía cómo la exigencia de eficacia pudiera servir de subterfugio para una flexibilización que se convierta en objetivo por si misma y llegado este punto, conviene plantearse si la necesidad de flexibilidad no correrá el riesgo de convertirse, si no lo ha hecho ya, en un subterfugio para la precariedad. Con esta cuestión de trasfondo a modo de advertencia se ponen en relación, como se anticipaba, figuras dispares en su configuración jurídica pero que observan un propósito común.

Por otra parte, los mecanismos de organización administrativa y de gestión del personal, y de nuevo se ve aquí la interconexión de instituciones de procedencias bien distintas a las puramente laborales, pueden y deben desplegar un papel más importante de cara a la solución armónica de determinados problemas aún no resueltos, como la contratación temporal irregular, y que a este paso van a propiciar soluciones poco deseables y poco satisfactorias como las que se ensayan con el patrocinio jurisprudencial que son hasta el momento la única alternativa. Pero hay

que buscar soluciones, hay que abrir campos, hay que ensayar compatibilidades, revisitando si es preciso las conclusiones hasta ahora alcanzadas. La única vía es la de avanzar en el intento de una comprensión, así, en su sentido literal, de la entera realidad del empleo público.

Han sido vistos los elementos configuradores de un hipotético modelo de empleo público y su lenta configuración en el contexto de una evolución histórica. Han sido analizados los rasgos sobresalientes del empleo público en el contexto actual a la luz de las influencias actuales que, incidiendo en nuestra sociedad, afectan a la concepción sobre la Administración Pública, sus cometidos y sus cuentas pendientes. Ahora, resulta necesario visitar el modo de imbricación que actualmente tiene la fuerza de trabajo dentro del entramado recién descrito en los dos capítulos anteriores.

De este modo se hará posible completar el recorrido por los rasgos que acompañan a la prestación de servicios en el contexto del empleo público y se verán confirmadas, con los datos que arroje el análisis que ahora se emprende, las características previamente señaladas. A tal fin, lo analizado enlaza con algo de lo ya visto y es el lugar que ocupa el contrato de trabajo en el empleo público. No obstante, el tratamiento de la cuestión no vuelve una vez más sobre la polémica en torno a la LMRFP y el artículo 15 del citado texto normativo. Dando por buenas las anteriores reflexiones sobre este particular, lo que pretenden las líneas que siguen es situar, en el contexto del empleo público, al personal vinculado con una organización a través de un contrato de trabajo.

En el desarrollo de este análisis, se hará referencia también a otros colectivos que, no estando sujetos al mismo régimen jurídico, sin embargo, cumplen, en la práctica, un papel parecido dada la ambigüedad y la flexibilidad de su régimen jurídico. Se trata de los contratados administrativos cuyo régimen jurídico ha experimentado en fechas relativamente recientes una reforma. Una vez visto este particular, haciendo una breve referencia a otras formas también precarias de

vinculación con la Administración, como los funcionarios interinos, el estudio se centrará en la contratación laboral temporal y la elaboración jurisprudencial de la figura de los trabajadores indefinidos no fijos de plantilla. En atención a esta conflictiva solución jurisprudencial, el propósito del estudio que sigue es aportar una posible interpretación que dé una solución adecuada a estos problemas, partiendo de una interpretación armónica de ambos regímenes jurídicos en conflicto.

Por otra parte, este capítulo se va a detener en las diferentes facetas que presenta la utilización de la fuerza de trabajo en el empleo público. En buena medida, desde esta óptica puede ser visto todo lo relativo a la contratación por tiempo determinado y a las diferentes fórmulas de reclutamiento temporal que actualmente se están utilizando por las administraciones públicas.

## **2. LA FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL EMPLEO PÚBLICO**

### **2.1. El ámbito del empleo público: incidencia de la organización administrativa y de la distribución competencial.**

Según la doctrina administrativa<sup>1</sup>, la relación funcionarial ha sido tradicionalmente concebida como una relación por medio de la cual la Administración desarrolla sus cometidos sirviéndose de funcionarios quienes, en virtud de nombramiento, desempeñan actividades profesionales para ella percibiendo una remuneración, teniendo sus derechos y deberes preconfigurados en virtud de una serie de normas jurídicas estatutarias. Al mismo tiempo, la administración también se sirve de otro tipo de empleados cuya relación con ella se configura a través de un contrato de trabajo. La relación que se establece entre los trabajadores y la Administración es una relación jurídico laboral que surge a partir de la celebración del contrato de trabajo en el cual las partes pactan algunos de los

---

<sup>1</sup> ENTRENA CUESTA, R.; *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I/2, 9ª ed., 1998, pág. 314. PARADA VÁZQUEZ, R.; *Derecho Administrativo II, Organización y Empleo público*, 5ª ed. 1991, pág. 386; PALOMAR OLMEDA, A.; *Derecho de la Función Pública*, 2ª ed., 1992; SÁNCHEZ MORÓN, M.; *Derecho de la Función Pública*, 2ª ed. 1997, págs. 20 y 88.

aspectos esenciales de la misma. Esta presencia de trabajadores asalariados sometidos a la regulación del Estatuto de los Trabajadores y a todo el cuerpo normativo que se corresponde con esta rama del Derecho que llamamos Derecho del Trabajo, se articula en un espacio público.

La aplicación de la normativa laboral en unos ámbitos y estructuras que son genuinamente administrativos produce tensiones en cada uno de estos dos ordenamientos. Los clásicos principios laborales no fueron recogidos por el legislador pensando en una organización de derecho público. Ciertamente, tampoco se elaboró la normativa originaria del Estatuto de los Trabajadores pensando en el modo de producción y en el tipo de organización empresarial del nuevo siglo, de modo que puede decirse que las relaciones laborales en la Administración Pública plantean una doble distorsión; en relación con la propia realidad del trabajo por cuenta ajena en nuestros días y además, en relación con la propia ordenación administrativa. Ello explica, en parte, el interés que desde hace más de una década, la doctrina ha mostrado por el desenvolvimiento de las relaciones laborales en el seno de las administraciones públicas.

La complejidad organizativa de las administraciones públicas es una cuestión previa que necesariamente se debe considerar a pesar de tratarse de una materia cuyo contenido supera el ámbito de este trabajo. Este interés responde a una necesidad: del mismo modo que se conoce la organización empresarial y ésta es tenida cada vez más en cuenta a la vista de su indudable efecto modalizador sobre las relaciones laborales, puede apreciarse una idéntica tendencia respecto de las organizaciones públicas. No obstante, el conocimiento de esta realidad se ve dificultado por el hecho de que se trata de un ámbito en el que las normas reguladoras pertenecen a una rama del ordenamiento poco observada, puede que deliberadamente olvidada, por los laboristas<sup>2</sup>, cuando un adecuado conocimiento

---

<sup>2</sup> Como excepción, vid. GODINO REYES, M.; *El contrato de trabajo en la Administración Pública*, Civitas, 1997, págs. 23 a 50, donde realiza una aproximación al concepto de Administración Pública con este mismo objetivo definitorio del ámbito.

de la organización pública facilitaría el entendimiento de las peculiaridades que presenta la contratación de trabajadores por la Administración Pública, incluso podría aportar soluciones a los problemas aplicativos de la norma laboral en este contexto<sup>3</sup>.

Esta necesidad de saber quiénes en nuestro ordenamiento forman parte de la Administración Pública, ha llevado históricamente a la doctrina administrativista a manejar diferentes criterios de adscripción o de identificación<sup>4</sup>. En todo caso, la evidente pluralidad de entes administrativos<sup>5</sup> puede ser ordenada a partir de la toma

---

<sup>3</sup> Resultan muy expresivas de esta necesidad las consideraciones efectuadas al respecto por SÁNCHEZ MORÓN, M.; *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, 2ª ed. 1997, pág. 96 acerca de la dificultades de trasladar los modelos de gestión privados al ámbito administrativo y la creciente atención prestada al gestor público.

<sup>4</sup> Según la clasificación llevada a cabo por ENTRENA CUESTA, R.; “El concepto de Administración Pública en la doctrina y el derecho positivo españoles”; *Revista de Administración Pública*, nº 32, 1960, se utiliza en un principio un criterio subjetivo según el cual el énfasis se pone en el hecho de que la Administración es el conjunto de medios con los cuales se ejecutan las leyes, pero con el tiempo se abre paso la concepción de que si se pone la atención en la función administrativa se hará precisa una definición objetiva de lo que la Administración Pública es. Así, la Administración Pública es la actividad encaminada a la realización de fines públicos, de servicios públicos. Con todo se pone de manifiesto la dificultad de aislar un concepto al que se llega en función de criterios satisfactorios, es lo cierto que a lo largo del tiempo se han ido sucediendo concepciones variables en función de que se acentuara más el elemento objetivo o el subjetivo. Vid. para un análisis general de todo el proceso efectuado por un laboralista, GODINO REYES, M.; *El contrato de trabajo en la Administración Pública*, Civitas, 1997, págs. 23 a 29 y ss.

<sup>5</sup> Que explica la necesidad de hablar de administraciones públicas, en plural antes que de una sola Administración, pues es más exacto jurídicamente hablando. En el momento presente, analizando sistemáticamente los principios generales y los conceptos fundamentales de la organización administrativa contenidos en la LOFAGE, puede notarse cómo la citada Ley define en primer lugar a la Administración desde un punto de vista funcional por cuanto se refiere a la misma reproduciendo el mandato constitucional según el cual ésta sirve con objetividad a los intereses generales con sometimiento pleno a la ley y al derecho. Ello se lleva a cabo desarrollando funciones ejecutivas de carácter administrativo (que no debe confundirse con la función ejecutiva ex art. 97 CE. Hay que distinguir entre actividad política y actividad administrativa).

El artículo 2.2 de la Ley precisa que la Administración del Estado actúa con personalidad jurídica única. Según GALLEGO ANABITARTE, A., *Derecho Administrativo I. Materiales*, 1998, págs. 273 y ss.; “El Estado constituye una personalidad jurídica única por lo que la Administración del Estado es una institución constituida por órganos jerárquicamente ordenados que actúa con personalidad jurídica única, (art. 2.2 LOFAGE) esto es, con la personalidad jurídica única del Estado, sin perjuicio de la existencia de diversos departamentos ministeriales”. Se trata de una regulación que tuvo su origen en una voluntad de frenar las actuaciones contradictorias de los distintos departamentos ministeriales en nuestro ordenamiento a finales del siglo XIX y principios del XX y que en la actualidad sirve como recordatorio de que es el Estado el único

en consideración de una serie de esferas<sup>6</sup>. Por una parte, puede considerarse a las Administraciones públicas desde un punto de vista *orgánico* o *subjetivo*. En este sentido se distingue entre la Administración General del Estado, la administración de las Comunidades Autónomas, la Administración Local y la Administración Institucional. En la Administración General del Estado se encuentran, por un lado, los órganos centrales, esto es, la organización ministerial<sup>7</sup>, que constituye lo que llamamos la “organización central” (artículos 8 a 21 LOFAGE). Por otro lado están los órganos territoriales, esto es, la Administración Territorial del Estado que constituye la “organización periférica” (artículos 22 a 35 LOFAGE) de la que dependen las delegaciones de gobierno y los servicios periféricos no integrados. Finalmente, formando parte de la Administración General del Estado, también está la Administración en el exterior (artículo 36 y 37 LOFAGE). Desde este mismo punto de vista orgánico se ha diferenciado también la Administración de las Comunidades Autónomas y la Administración de las Entidades Locales. En idéntico sentido se encuentra la administración institucional, en la que se encuadran los organismos públicos, esta es la organización instrumental en la que podemos encuadrar a los organismos autónomos, a las entidades públicas empresariales y otras entidades excluidas que se encuentran especificadas en la Disposición Adicional 6ª-10ª LOFAGE.

Por otra parte, desde un punto de vista *material u objetivo*, se pueden identificar otros órganos del Estado como el Defensor del Pueblo, el Tribunal Constitucional,

---

centro final de imputación de la actuación de los mismos. Otro importante sector de la doctrina, por el contrario, mantiene que los preceptos correspondientes de la regulación de la LRJPAC, atribuyen a la Administración del Estado personalidad jurídica. Vid. también; GALLEGO ANABITARTE, A.; *Constitución y personalidad jurídica del Estado*, Tecnos, 1992, pág. 20 y ss.

<sup>6</sup> Acerca de la delimitación de la Administración Pública en el Ordenamiento Jurídico español y sobre el tratamiento de la personalidad jurídica de la Administración y la del Estado, debe verse el trabajo de JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F.J.; *Los organismos autónomos en el Derecho Público español: Tipología y régimen jurídico*, INAP, 1987, en concreto págs. 45 y ss.

<sup>7</sup> Vid. MENÉNDEZ REXACH, A.; “Organización Central de la Administración General del Estado”, *Documentación Administrativa*, nº 246-247, 1997, págs. 275-298.



el Congreso, el Senado y el Tribunal de Cuentas<sup>8</sup>. También las entidades o sujetos sometidos al derecho administrativo como las Corporaciones de Derecho Público no territoriales, como los Colegios Profesionales. Otros sujetos sometidos al derecho administrativo son los concesionarios. En el mismo sentido material u objetivo se pueden encuadrar actividades administrativas en régimen de derecho privado que a su vez pueden revestir la forma jurídico pública, por ejemplo, los contratos privados de la Administración, o la forma jurídico privada, por ejemplo, la forma de una sociedad mercantil (D. A. 12ª LOFAGE).

La Administración General del Estado es el núcleo central de toda la organización administrativa<sup>9</sup>. Esta organización se localiza en los órganos centrales y en aquellos periféricos según los cuales se esquematiza la organización de la Administración. La Administración General del Estado tenía en los inicios de los años ochenta un considerable volumen y gestionaba prácticamente la totalidad del gasto público dejando a la Administración local una pequeña porción lo que denotaba una fuerte dependencia en lo político y en lo administrativo. En un proceso lento pero imparable, se han ido produciendo transformaciones que principalmente se han dejado notar en los fenómenos de la descentralización, las tendencias “privatizadoras”, la integración de España en la Unión Europea. También ha contribuido a esta transformación de la que hablamos la decisión de aceptar los retos que plantea la implantación de un esquema de servicios propios de un estado del

---

<sup>8</sup> En estos mencionados órganos constitucionales prestan servicios funcionarios que se rigen por estatutos diferenciados aunque las normas generales de los funcionarios de la Administración General del Estado son aplicables, a veces como derecho supletorio, y otras directamente. Personal al servicio del Defensor del Pueblo: art. 35 LODP y Reglamento de Organización y Funcionamiento. Personal al servicio del Tribunal Constitucional: regulado por los arts. 96 a 102 de la LOTC y el Reglamento de Organización y Personal del Tribunal. Personal al servicio de las Cortes Generales: se rige por el Estatuto aprobado conjuntamente por las Mesas del Congreso y del Senado. Personal al servicio del Tribunal de Cuentas: regulado por los artículos 88 a 93 de la Ley de funcionamiento del Tribunal de Cuentas. Personal al servicio del CGPJ: regulado por los artículos 145 y 146 de la LOPJ y por el Reglamento de Organización y Funcionamiento. Téngase en cuenta que en estos órganos también prestan servicios un numeroso conjunto de funcionarios destinados desde otras administraciones considerado en servicios especiales.

<sup>9</sup> BALLART, X. y RAMIÓ, C.; *Ciencia de la Administración*, Valencia 2000, pág. 171.

bienestar<sup>10</sup>.

Resulta evidente el riesgo de que la propia Administración General del Estado, enfrentada a la compleja necesidad de determinar cuál es su papel identificando las áreas de las que debe empezar a retirarse y aquéllas otras en las que es aconsejable su permanencia, acabe padeciendo una crisis de identidad. La Administración General del Estado, en última instancia es responsable del funcionamiento de los servicios públicos pero se halla en franca dependencia de las administraciones territoriales, las autonómicas y las locales. Así, a pesar de que continúa reservándose para la administración general el desarrollo de un papel relativo a la homogeneización y el diseño de políticas generales, en la actualidad la descentralización de los servicios es una realidad. Precisamente, como se ha señalado<sup>11</sup>, esta descentralización que preconiza la Constitución de 1978 precisa que las administraciones territoriales puedan organizar su propia estructura orgánica, fundamentalmente su función pública. Hasta cierto punto resulta a estas alturas innecesario recordar que los recursos humanos conforman el elemento más importante de una organización y determinan el rendimiento de la misma<sup>12</sup> por lo

---

<sup>10</sup> Sobre esta cuestión se han sucedido abundantes ejemplos de reflexión, estudios y proyectos encaminados a hacer posible la articulación de una respuesta adecuada a todas estas nuevas necesidades que se han ido abriendo frente a nuestras administraciones públicas. Un buen ejemplo de ello es el Documento Marco del Instituto Nacional de Administración Pública, *La misión del INAP. Modificación y cambio en las Administraciones Públicas*, 1996. Así, entre las interesantes reflexiones que están contenidas en este documento se encuentra la siguiente afirmación: “es evidente, como mínimo en nuestro entorno, que el modelo de sociedad europea, que se caracteriza entre otros elementos por la existencia de servicios públicos de calidad y por altos niveles de protección social, goza de un gran apoyo y consenso entre la población, que no quiere ver limitados sus derechos sociales (...). Desde el compromiso con el papel del Estado como garante de niveles mínimos de calidad de vida, como agente redistribuidor y como mecanismo de solidaridad, el reto es más ambicioso que desde una perspectiva liberal: se trata de mantener niveles de cobertura y prestaciones sociales, de consolidar un Estado Social al tiempo que se combate el déficit público y se evita el recurso al endeudamiento y a una mayor presión fiscal.”, pág. 9

<sup>11</sup> CASTILLO BLANCO, F.A. y ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, P.; “La distribución de competencias en materia de función pública y la reserva de ley en esta materia”, en AA.VV.: *Lecciones de Función Pública*, CEMCI, 2003, pág. 89.

<sup>12</sup> Abiertamente se reconoce dicha importancia por la propia administración, vid. Documento Marco del Instituto Nacional de Administración Pública, *La misión del INAP. Modificación y cambio en las Administraciones Públicas*, 1996, pág. 16. En la misma línea de favorecer la

que no es de extrañar el interés legítimo que se viene manifestando desde las distintas administraciones que resultan concernidas por ejercer un control más directo en materia de personal.

A este respecto, la clave está en la necesaria interpretación armónica de los distintos títulos competenciales. Hace falta poner en relación los artículos constitucionales 149.1.18 y 148. 1. 1, pero también es necesario tener en cuenta el art.137 CE en relación a las entidades locales. La Constitución atribuye al Estado la competencia exclusiva para dictar las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios, sin embargo, la determinación de lo básico a estos efectos nunca ha dejado de ser una materia controvertida sobre la cual se ha pronunciado doctrina y la jurisprudencia constitucional. En todo caso, parece claro, en aras de satisfacer una necesidad de articulación de competencias y una mayor desconcentración, que la normativa básica atribuida no debe entenderse extendida a todos los aspectos de un estatuto del empleo público<sup>13</sup> antes bien, la principal finalidad de dicha normativa básica debe ser la de procurar la igualdad de tratamiento de todos los ciudadanos.

Por parte de la doctrina<sup>14</sup> se han puesto de manifiesto las insuficiencias que hoy en día presenta la lectura que hasta el momento se ha realizado de los títulos competenciales sobre esta cuestión. El régimen estatutario de los funcionarios públicos incluye a todas las administraciones<sup>15</sup> y el amplio alcance que se le ha

---

desconcentración competencial en materia de recursos humanos, se sitúa el *Estudio Delphi* "La modernización de los procedimientos de actuación en la Administración Pública", MAP, 1990.

<sup>13</sup> "La función propia de la legislación básica (.....) es la de delimitar el campo autonómico (.....)sin que ello implique privar a las comunidades autónomas de sus competencias estatutariamente asumidas y sí solo que su desarrollo haya de tener su referencia y límites en la materia básica, que cada comunidad autónoma ha de respetar" SSTC 25/1983, de 7 de abril y 77/1983, de 5 de agosto).

<sup>14</sup> PALOMAR OLMEDA, A.; *Derecho de la Función Pública*, 2001, pág. 286; y SÁNCHEZ MORÓN, M; "Marco jurídico y competencial del personal al servicio de las administraciones públicas" en AAVV: *Situación actual y tendencias de la Función Pública española*, Comares, 1998, págs. 73 y ss.

<sup>15</sup> STC 99/1987 de 11 de junio y STC 235/1991 de 12 de diciembre.

dado<sup>16</sup> a la reserva de ley para su regulación abarca desde el sistema de acceso, los ascensos, la determinación de la pérdida de la condición funcionarial, la determinación de las formas de participación de los funcionarios en la fijación de sus condiciones de trabajo, la normativa sobre incompatibilidades, hasta el sistema retributivo<sup>17</sup>. No obstante, con independencia de la facultad estatal para la determinación del marco estructural, es indispensable que cada comunidad autónoma disponga de un ámbito determinado en el que posea la facultad de regular su empleo público de conformidad con su propia singularidad. Para ello se debe hacer posible la adaptación del sistema a la concreta realidad competencial de cada autonomía con el fin de hacer eficaz el ejercicio de las competencias atribuidas. Ello no ha sido así hasta el momento o por lo menos no se ha realizado de manera satisfactoria. Como oportunamente se ha señalado<sup>18</sup>, a la vista de las competencias asumidas por las comunidades autónomas, el sistema de función pública debería integrar los elementos propios del sistema estatutario común<sup>19</sup> para todos los funcionarios públicos junto a aquellos otros aspectos singulares que responden al concreto nivel de competencias y facultades que cada administración territorial tiene atribuidas.

El modelo seguido por las distintas autonomías en lo que a la regulación de su función pública se refiere no presenta notables variaciones respecto a lo que es la función pública de la administración general del estado. Entre su personal pueden diferenciarse, además de los funcionarios y el personal laboral seleccionados por la

---

<sup>16</sup> STC 99/1987, de 11 de junio.

<sup>17</sup> STC 63/1986 de 21 de mayo, STC 193/1987 de 9 de diciembre, STC 207/1988 de 8 de noviembre, STC 179/1989 de 2 de noviembre, STC 103/1997 de 20 de mayo.

<sup>18</sup> CASTILLO BLANCO, F.A. y ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, P.; "La distribución de competencias en materia de función pública y la reserva de ley en esta materia", en AA.VV.: *Lecciones de Función Pública*, CEMCI, 2003, pág. 95.

<sup>19</sup> La Ley 30/1984, de 2 de agosto declara el carácter básico de la regulación efectuada en materia referente a los órganos superiores de la función Pública, dotaciones presupuestarias de personal, relaciones de puestos de trabajo, oferta de empleo público, selección de personal, provisión de puestos de trabajo, movilidad de los funcionarios, promoción profesional, conceptos retributivos y determinación de su cuantía, estructura de los cuerpos y escalas, ordenación de las funciones, situaciones administrativas, régimen disciplinario, seguridad social....

comunidad autónoma, el personal trasferido conformado por los empleados públicos al tiempo que los respectivos servicios se han integrado en la función pública autonómica<sup>20</sup>. Es notable la variedad de factores determinantes en la conformación y el desarrollo experimentado por las administraciones autonómicas. Entre ellos, destaca la necesidad planteada en el momento de la puesta en marcha del estado de las autonomías de construir una función pública autonómica. Ello pudo imprimir un cierto carácter de urgencia a los procesos de reclutamiento del personal lo que se percibe en el elevado número de interinos y donde destaca también el número de contratados. Esta realidad forzará, andando el tiempo, la implementación de procesos de consolidación del empleo público autonómico que como hemos señalado anteriormente, no se han producido sin controversias<sup>21</sup>.

Cada administración territorial ejerce las competencias de gestión de su personal, sin perjuicio de las competencias que las comunidades autónomas ejercen respecto a la administración local en la medida en que la mayoría de ellas han asumido competencias específicas y de desarrollo en materia de régimen local<sup>22</sup>. Debe recordarse que el artículo 15 de la LMRFP no se ha declarado de carácter básico, tampoco después de la Ley 23/1988, ello explica, en parte, que las comunidades autónomas hayan optado en sus leyes respectivas por diferentes alternativas a la hora de catalogar los puestos de trabajo y su posibilidad de

---

<sup>20</sup> De conformidad con la Ley 13/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico, los funcionarios adscritos a órganos de la Administración estatal o de otras instituciones públicas, cuyos servicios sean transferidos a las comunidades autónomas, pasarán a depender de éstas, siéndoles respetados los derechos de cualquier orden que les correspondan en el momento del traspaso.

<sup>21</sup> Vid. PUERTA SEGUIDO, F.; *La consolidación del empleo público precario*, 2003, págs. 309 y ss.

<sup>22</sup> Citando a ARENILLAS, M.; "La función pública autonómica: ¿un modelo agotado?", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n° 74, 1992; se señalan como elementos relevantes en el proceso de construcción de la burocracia de las diferentes comunidades autónomas, por una parte la ausencia de un marco normativo general y homogéneo de función pública que sólo aparecería a partir de 1984 cuando ya se había puesto en marcha el sistema de reclutamiento del personal a base de interinos y contratados. Por otra parte, se debe tener en cuenta, que en ese momento, la preocupación se centraba más en el espacio competencial que se asumía antes que en las cuestiones relativas al personal y a los modos de construcción de una nueva organización

cobertura mediante trabajadores<sup>23</sup>. En todo caso, de conformidad con el artículo 1.5 LMRFP, esta ley se aplicará de forma supletoria a todo el personal al servicio del Estado y de las Administraciones Públicas.

En cuanto a las entidades locales, la LMRFP resulta igualmente de aplicación supletoria y también se aplican los artículos 89 a 104 de la LRBRRL. Según esta norma, dentro del personal al servicio de las entidades locales puede haber funcionarios de carrera, contratados laborales y personal eventual al que se le encomiendan puestos de confianza o de asesoramiento especial. La gran mayoría del personal al servicio de estas administraciones es contratado laboral pero también se debe hacer referencia a los funcionarios con habilitación de carácter nacional, seleccionados y formados por el Estado que pueden desempeñar funciones en cualquier entidad local<sup>24</sup>.

Es claro que en un sistema descentralizado, cada Administración territorial cuenta con órganos de gestión propios para la organización de su función pública, sin embargo, también existen órganos generales de coordinación, de participación y de consulta como el Consejo Superior de la Función Pública<sup>25</sup> o la Comisión de Coordinación de la Función Pública<sup>26</sup>. Fuera de lo que son estos órganos colegiados

---

<sup>23</sup> En este punto, GODINO REYES, M.; *El contrato de trabajo en la Administración Pública*, 1997, págs. 101 a 104, ha clasificado las normas dictadas por las Comunidades Autónomas en materia de función pública, entre aquellas normas que “han seguido el modelo impreciso de clasificación de puestos que propugnó la Ley 30/1984 en el ámbito estatal”, otras que se han adaptado a los criterios más rígidos que defendió el Tribunal Constitucional y leyes que han optado por un modelo propio.

<sup>24</sup> Los puestos de Secretario, Interventor y Depositario puede cubrirse mediante libre designación de las Corporaciones locales más importantes entre funcionarios con habilitación nacional, según lo dispuesto por la Ley 10/1993 de 21 de abril. Para una crítica a lo contradictorio de esta posibilidad con las funciones de control y de fe pública que realizan estos funcionarios, vid. OLMEDO GAYA, A. y ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, P.; “El concepto de funcionario público. Clases de personal al servicio del sector público” *Lecciones de Función Pública*, CEMCI, 2003, pág. 167.

<sup>25</sup> Regulado por los artículos 6 y 7 LMRFP, es un órgano superior colegiado de coordinación y consulta de la política de función pública, así como de participación del personal al servicio de las administraciones públicas.

<sup>26</sup> Órgano encargado de coordinar la política de personal de la Administración General del

que carecen de competencias decisorias, se encuentran los órganos de gestión que adoptan las “decisiones de la organización para la ordenación y administración cotidiana de su sistema de empleo público en el marco de las leyes”<sup>27</sup>. En el ámbito de la Administración General del Estado el esquema organizativo se encuentra influido por las tensiones opuestas que ejercen, por una parte, cada uno de los departamentos ministeriales que son los que tienen competencias concretas de gestión sobre su personal y por otra, los órganos con competencias unitarias u horizontales de organización y funcionamiento del empleo público. Más adelante en estas páginas se tendrá oportunidad de observar la trascendencia que tienen los dos modelos de gestión coexistentes en el empleo público (gestión departamental-gestión horizontal). En concreto, en torno a la conveniencia de adoptar una política de personal en cada departamento o de tomar en consideración el conjunto para unificar normativas y aumentar el control económico<sup>28</sup>.

## 2.2. El escaso margen para la autonomía en el proceso de contratación.

La formalización del contrato de trabajo en la Administración Pública puede ser vista como un trámite que da cobertura formal y documental al trabajo prestado pues el papel que el contrato de trabajo tiene como instrumento de negociación y de manifestación de la autonomía de la voluntad aparece muy diluido en este ámbito público. Se ha llegado a afirmar que el contrato de trabajo concertado con la Administración puede estar más próximo a ser “un pliego de condiciones

---

Estado y de las Comunidades Autónomas, para formar el plan de oferta de empleo público y proponer las medidas que sean precisas para ejecutar lo establecido en las bases del régimen estatutario de los funcionarios, art. 8.1 LMRFP.

<sup>27</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M.; *Derecho de la Función Pública*, 2ª ed. 1997, pág. 106.

<sup>28</sup> Cuestiones que se abren en referencia al interrogante acerca de qué ámbito debe tenerse en cuenta, por ejemplo, a efectos de la consideración de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, que justifican el despido económico, si el departamento ministerial u otro más amplio. Idénticas reflexiones se harán en torno a la aplicación y ejecución del Plan de Empleo, Vid. PALOMAR OLMEDA, A.; *Planificación de los recursos humanos en el ámbito público*, 1997, pág. 99. Esta problemática ya se menciona por SÁNCHEZ MORÓN, M.; *Derecho de la Función Pública*, 2ª ed. 1997, pág. 99.

preestablecidas” que el trabajador implícitamente acepta desde el momento en que concursa a la plaza<sup>29</sup>.

En todo caso en el ámbito público, por regla general, los márgenes para la autonomía de la voluntad son escasos. En contraste con esta realidad, el análisis de los estadios previos a la celebración del contrato de trabajo con la Administración reviste una importancia capital. Es más, el proceso previo a la celebración efectiva del contrato de trabajo es, en mucha mayor medida que el mismo acto de la contratación, la fuente del encuadramiento profesional y la configuración del límite de la movilidad funcional en el ámbito administrativo.

Este momento previo a la celebración efectiva del contrato de trabajo con la administración se compone a través del cumplimiento sucesivo de varios estadios como son, en primer lugar, la dotación presupuestaria, la inclusión en la relación de puestos de trabajo correspondiente en segundo lugar y finalmente, la introducción del puesto en la oferta de empleo público. Solamente una vez realizado este recorrido, se dará apertura a la fase de selección propiamente dicha.

La necesidad de existencia de una previa dotación presupuestaria de la plaza, es indicativa de lo profundamente ligada que se encuentra la política de personal a la política presupuestaria. Se puede decir que la plantilla es un concepto con una relevancia estrictamente presupuestaria, corresponde al Ministerio de Economía y Hacienda la propuesta al Gobierno acerca de las directrices a las que han de atenerse los gastos de personal. En cuanto a las relaciones de puestos de trabajo, éstas tienen por si mismas una importante dimensión toda vez que son un auténtico pilar del sistema de organización del personal en la Función Pública. Y ello desde la consideración de su doble papel, como instrumento informativo acerca de las plazas en la organización administrativa dado que contienen, o al menos deben contener,

---

<sup>29</sup> Vid. MOLINA GARCÍA, M.; op.cit. pág.217.



una clara descripción del contenido del puesto de trabajo<sup>30</sup>, así como del régimen jurídico preciso para su cobertura y una descripción de los requisitos necesarios para cubrirlo; y además, como instrumento de evaluación y valoración de cada puesto de trabajo, como instrumento de clasificación. Pero, lo que resulta más explícito de la trascendencia que tienen de cara a la posterior celebración de un contrato de trabajo con la Administración, las diferentes actuaciones que se llevan a cabo en este estadio previo, es que no será posible la convocatoria de un determinado puesto de trabajo en la administración si no se ha producido previamente su inclusión en la relación de puestos de trabajo correspondiente.

La oferta de empleo público, por otra parte, que se ha venido haciendo eco de las tendencias de contención del gasto como una medida para frenar el déficit, ha pasado a ocupar la última de las vías de cobertura de un puesto de trabajo en la administración. Y este último lugar se explica precisamente en coherencia con lo que han venido siendo las orientaciones seguidas por la políticas de empleo relativa al personal de nuevo ingreso. La regulación de las formas de provisión de vacantes que se contiene en el Convenio Colectivo Único del personal laboral de la Administración General del Estado es un buen ejemplo de lo señalado. En esta regulación queda establecido que la vacante servirá para dar alternativa de reingreso a los excedentes. En defecto de esta primera opción, se procederá al concurso de traslado y en tercer término se abrirá la convocatoria restringida de promoción interna. Finalmente, antes de la convocatoria libre, las plazas vacantes que no hayan resultado cubiertas por ninguno de estos procedimientos se emplearán para atender las demandas de traslado formuladas por trabajadores de otras administraciones siempre que exista reciprocidad. En el Convenio Colectivo Único igualmente se expresa la prioridad absoluta para la reasignación de efectivos afectados por un Plan

---

<sup>30</sup> Téngase en cuenta que la Ley de Acompañamiento a los Presupuestos Generales de 2004 introduce una modificación del artículo 15 de la Ley de Medidas en lo relativo al contenido que deben tener las Relaciones de Puestos de Trabajo, haciendo referencia a la necesidad de que las RPT indiquen la denominación, tipo y sistema de provisión de los puestos de trabajo, además del resto de características que deben aparecer contenidas en las mismas según el tenor del propio artículo 15.

de Empleo, en cuyo caso, serán estos efectivos los primeros candidatos a la ocupación de las plazas. (art.29.3).

En cuanto al proceso de selección propiamente dicho, la recepción en nuestro derecho positivo de la plena aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a todos los empleos públicos, permite, en cierto modo, superar el debate doctrinal acerca de la plena aplicabilidad de los preceptos constitucionales 23.2 y 103.3 a los contratados laborales<sup>31</sup>. Lo que en todo caso queda de manifiesto es la visible limitación con la que las administraciones públicas pueden manejar el proceso selectivo debido a su posición singular en el ordenamiento en relación a las posibilidades de elección más amplias que tienen los restantes empleadores sometidos al derecho privado<sup>32</sup>.

La tensión o contraposición de intereses que representa el hecho de que precisamente cuando la administración recurra a las técnicas de contratación sometidas al derecho privado en busca de mayor flexibilidad y agilidad se encuentre sin embargo sometida a los controles de un procedimiento administrativo que imprimen seguridad jurídica, pero al tiempo lentitud y rigidez, no debería llevar a la conclusión de que en este ámbito el principal obstáculo a la eficacia se encuentra en el respeto a los principios constitucionales que rigen en el acceso al empleo público. Para lograr la armónica convivencia de estos distintos intereses se pueden modalizar los procedimientos de acceso en función de si se trata de personal indefinido o personal no permanente, ya sea funcionario o laboral.

---

<sup>31</sup> Si bien ello no elimina en un ápice el interés que dicha polémica reviste pues la misma es exponente de hasta qué punto la heterogeneidad del personal público traslada a todos los ámbitos la necesidad de racionalización de su régimen jurídico. Me remito a las interesantes reflexiones que recoge, GODINO REYES, M.; *El contrato de trabajo en la Administración Pública*, 1997, págs 126 y ss. acerca del debate en sede constitucional y, especialmente, a las distintas concepciones que se pueden manejar sobre el concepto de función pública.

<sup>32</sup> Una muestra reciente de lo arriba mencionado se puede ver en: ILDEFONSO HUERTAS, R.M.; "Los órganos de selección en el empleo público: el principio de especialidad y la discrecionalidad técnica", *Justicia Administrativa* nº 12, 2001, págs. 25 a 53.

A continuación, las líneas que siguen se centrarán en el análisis de los diversos métodos adoptados para el reclutamiento del personal no permanente como muestra de esta voluntad que se menciona de conciliar agilidad y garantías en el proceso. En un segundo momento se debe hacer mención a las consecuencias que en el contexto público traerá consigo la falta de seguimiento de la normativa prevista para la selección como el más determinante ejemplo de esta limitación de autonomía de la que hablamos. Por último, como un ejemplo más de dicha limitación puede ser vista la determinación del objeto del contrato. Sobre todo ello se detienen los apartados siguientes.

### **2.3. El espacio del contrato de trabajo en las leyes de la Función Pública.**

#### *2.3.1 Evolución legislativa y tendencias.*

Para una más adecuada comprensión acerca del papel desempeñado por el contrato de trabajo (en sus múltiples variantes) dentro del empleo público, resulta imprescindible tener en cuenta que la contratación laboral coexiste con otras formas jurídicas de prestación de servicios para la Administración. Y no se trata ya sólo de la clásica dicotomía entre funcionarios/laborales, sino que una aproximación mayor permite ver con detalle la pluralidad de regímenes jurídicos existente entre el personal.

A pesar de que dicha pluralidad puede reconducirse en última instancia a dos regímenes jurídicos principales que son el administrativo y el laboral, es posible distinguir dentro de la normativa jurídico pública formas de prestación llevadas a cabo bien por funcionarios interinos, o bien por contratados administrativos, además de los funcionarios de carrera. Y es el juego de estas otras formas de prestación de servicios articuladas bajo ropajes administrativos lo que puede llegar a confundirse en determinadas ocasiones con las formas de prestación laborales. Por todo ello, es útil poner en relación esta aparente diversidad trazando un hilo conductor común.

Así pues, la diferencia entre el colectivo funcionarial y el laboral, en determinados supuestos, podría llegar a residir únicamente en el conjunto de normas que regulan cada una de estas relaciones. Pero, como ya se sabe, esta primera conclusión ha resultado matizada desde la misma ordenación que se efectúa en los textos legales. También la Jurisprudencia ha avalado la existencia de límites que marcan la separación entre uno y otro personal<sup>33</sup>. Sin embargo, es patente en la Administración de nuestros días la creciente asimilación entre los funcionarios y los trabajadores dentro de una misma dependencia administrativa<sup>34</sup>. La clásica distinción entre funciones de autoridad y funciones de gestión (que ha servido de criterio de distribución entre uno y otro tipo de personal) se presenta desvirtuada ante una realidad bien distinta que, tanto en sus aspectos prácticos, como en las aproximaciones teóricas, se empeña en demostrar cómo existe una buena parte de funcionarios públicos que no desempeñan a lo largo de su carrera prácticamente ninguna tarea que comporte el ejercicio de autoridad y cuyo régimen de trabajo en cuanto al contenido de su prestación los aproxima bastante a la figura de un trabajador por cuenta ajena<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> GODINO REYES, M., *El Contrato de trabajo en la Administración Pública*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 88 y ss, en las que ha efectuado un recorrido por el itinerario ya conocido que se ha seguido por el legislador en torno a este concreto punto.

<sup>34</sup> ESCUDERO RODRIGUEZ, R., *Proyecto Docente*, 1993, Cap. VI Empleo Público y Empleo Privado, págs. 194 y ss. GARCIA LOPEZ, R. "La contratación laboral temporal en las Administraciones Públicas", *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 44, 1990, págs 651-682. El autor hace referencia al Dictamen del Consejo de Estado de 14 de diciembre de 1960 para apoyar su afirmación acerca de la progresiva disolución de las diferencias entre funcionarios y trabajadores en el seno de la Administración.

<sup>35</sup> Ciertamente existe una excepción constitutiva que se contiene en el art. 1.3 a) ET y que responde a un determinado modelo que, siguiendo la opción tradicional del ordenamiento español, a pesar de la similitud del modo de prestación del funcionario y del trabajador, reserva al derecho administrativo la regulación del régimen jurídico de los funcionarios públicos. Como señala AGRA VIFORCOS, B.; "La homogeneización del régimen jurídico del personal al servicio de la Administración. Aspectos de derecho individual", en AA.VV. *Las relaciones laborales en las administraciones públicas*, vol. I, XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTAS, 2001, pág. 295, se ha optado por hacer hincapié en el factor diferencial: la relación laboral nace del contrato y la funcionarial del nombramiento como empleado público. Pero la cuestión que se plantea en este caso es diferente pues se trata de valorar el desempeño de determinadas funciones de autoridad. Teniendo en cuenta este último dato, si de un funcionario que no ha ejercido en toda su carrera funciones de autoridad se dice que desempeña una función

También por lo que respecta a los mecanismos de acceso a la Función Pública, el respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad se impone igualmente para los dos colectivos, como sabemos, y de este modo lo ha recogido la norma positiva para ambos<sup>36</sup>. Sin embargo, partiendo de esta realidad, debe incidirse en que la diferencia entre uno y otro colectivo, aún siendo una diferencia notable en muchos y variados aspectos que no es de recibo explicitar de nuevo en este momento, no llega a ser tan radical como se pretende. Entre laborales

---

pública, ¿por qué no afirmar lo mismo de un trabajador que desarrolla su tarea para el mismo empleador-sujeto público? Sobre esta cuestión puede verse la reflexión de CASTILLO BLANCO, F.; “Reflexiones en torno a la construcción de un nuevo sistema de empleo público” en *Lecciones de Función Pública*, AA.VV., CEMCI, 2003, págs. 42 y 43.

<sup>36</sup> En efecto, el artículo 19.1 de la Ley de Medidas de Reforma de la Función Pública determina que “Las Administraciones públicas seleccionarán a su personal, ya sea funcionario o laboral, de acuerdo con su oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso oposición libre en los que se garanticen, en todo caso, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad”. Este precepto además reviste el carácter de básico con lo que resultará aplicable por igual a todas las Administraciones Públicas. Además, el régimen jurídico establecido después por el desarrollo reglamentario del ingreso del personal laboral por el Reglamento General de Ingreso aprobado por el Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, es un régimen de acceso cuyas pruebas selectivas son la oposición, el concurso oposición etcétera. Se trata de un sistema de acceso semejante salvo algunos detalles de menor importancia. Vid. SALA FRANCO, T., *Incidencia de la legislación laboral en el marco de la Función Pública*, INAP, Madrid, 1989, pág. 26. Vid. también, del mismo autor, “La contratación temporal en la Administración Pública” en *Poder Judicial*, nº 3, 1986, pág. 162. Efectivamente, frente a la, en principio, absoluta libertad en el ámbito privado para proceder a la contratación de trabajadores con arreglo a los criterios que resulten más convenientes para el empresario, en la Función Pública el acceso del personal debe, por imperativo constitucional, realizarse con arreglo a un procedimiento que respete los principios de igualdad, mérito y capacidad. El personal laboral no es, por supuesto, una excepción a esta regla e incluso el reclutamiento del personal laboral temporal se halla sujeto también a las normas de general aplicación para la contratación de este tipo de personal laboral. Así lo dispone el art. 35 del Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado (RD 364/1995 de 10 de marzo), que ha asimilado en este aspecto a los dos tipos de contratados laborales, indefinidos y temporales, cosa que no era exactamente así en el anterior reglamento de ingreso, RD. 2223/1984 de 19 de diciembre. En 1987, PEREZ MARTINEZ afirmaba que, junto al sistema de acceso del personal laboral a través de la contratación “pura y simple” que puede ser criticado, con razón, como un método de favorecer el “spoils system”, cabe el establecimiento de un sistema que respete los principios constitucionales del mérito y la capacidad. “El personal laboral al servicio de la Administración y la laboralización de la función pública” *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 234, abril-junio 1987. Vid. también, por su parte; GONZALEZ RUIZ, F. J., en, “Los principios constitucionales de acceso a la Función Pública y los derechos fundamentales de igualdad y tutela judicial efectiva”, en AA.VV., *Constitución y derecho del trabajo: 1981-1991, (análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*. Marcial Pons, Madrid, 1992, págs. 276-291.

y funcionarios se encuentra, en buena medida, diluida toda diferencia si consideramos la circunstancia de que resulta posible que cada uno de ellos deje a un lado lo que son sus particularidades para acentuar la circunstancia de que ambos pasan a su vez a integrarse en una categoría más amplia como es la de empleados públicos<sup>37</sup>.

Según ha quedado expuesto en el Capítulo I, las previsiones de la LMRFP en 1984 relativas a la configuración de la naturaleza de los puestos en las correspondientes relaciones, que serían elaboradas por el Ministerio de la Presidencia, junto a la determinación de los puestos que, en atención a la naturaleza de su contenido, se reservan a funcionarios públicos, se declararon inconstitucionales por la STC 99/1997, que consideró reservado a la Ley la facultad de determinar en qué condiciones y para qué casos se pueden reconocer otras vías de acceso al servicio de la Administración Pública. Aquella posibilidad de decidir los puestos que se pueden cubrir por medio de personal sometido a un régimen jurídico-privado, e incluso la parte final del artículo, cuando se establecía la necesidad de especificar qué puestos se reservan a los Funcionarios Públicos, estaba diseñando un modelo de Administración Pública abierto en donde el personal funcionario y el laboral fueran indistintamente empleados. Por el contrario, tras el mencionado pronunciamiento del Tribunal Constitucional se ha interpretado por la doctrina mayoritaria<sup>38</sup> que la regla general será que los puestos de trabajo en la Administración son desempeñados por funcionarios públicos con algunas excepciones, contempladas por la Ley, en las que es posible acudir a la contratación de personal en régimen laboral<sup>39</sup>. Así pues, la Ley 23/1988, queriendo ser

---

<sup>37</sup> En esta misma línea se expresaba, ya en 1999, MOLERO MARAÑÓN, M. L.; *Acceso y clasificación profesional en las Administraciones Públicas*, Tirant lo Blanch, pág. 20 y 21, cuando afirmaba que la defensa de una distinción tan radical entre ambos regímenes de empleo iba perdiendo con el paso del tiempo su originaria validez, al mezclarse ambos colectivos en uno más genérico y amplio que calificaba de “empleados de la función pública” y cuyas bases jurídicas de referencia deberían resultar más próximas.

<sup>38</sup> Pueden verse las líneas que reflexionan y analizan este particular en el capítulo primero del presente trabajo, con cita de bibliografía importante en la materia.

<sup>39</sup> SALA FRANCO, T.; *Incidencia de la legislación laboral en el marco de la Función*

consecuente con la doctrina del Tribunal Constitucional, modificó el primitivo texto de la Ley 30/1984 y señaló aquellos puestos que, según su tenor literal, “excepcionalmente” podrían ser desempeñados por personal laboral.

Se debe tener en cuenta, además, que en este caso la Ley no sólo ha incluido una preferencia general por los funcionarios públicos para el desempeño de los puestos de trabajo de la Administración del Estado, sino que lo previsto es que la Administración pueda optar por recurrir a personal laboral para la cobertura de los puestos especificados en el propio apartado 1. c) de la Ley. Es decir, que la Ley no reserva ningún puesto concreto al personal laboral sino que abre la posibilidad de que determinados puestos excepcionalmente puedan, si esa es la decisión de los órganos administrativos, cubrirse mediante contratados laborales. Tal es el sentido que adquirió este apartado 1.c) del artículo 15 de la LMRFP tras la reforma operada en su articulado por la Ley 23/1998 como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad del citado artículo por la STC 99/1987.

Dicho esto, se debe destacar también que los supuestos excepcionales que se prevén en el art. 15.1 c) se caracterizan por una evidente amplitud. Es claro que su redacción resulta lo suficientemente inconcreta e imprecisa como para hacer posible una interpretación flexible de los supuestos en los que resultará admisible la presencia de laborales en los puestos de trabajo de la Administración Pública<sup>40</sup>. A esta consideración se añade la ampliación operada con posterioridad por el artículo 59 de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre de Acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado para 1995. En virtud de la misma, también podrán ocuparse

---

*Pública*, INAP, 1989. El autor, analizando las diferentes posturas doctrinales sobre la posibilidad de que el personal laboral desempeñe puestos de trabajo en la Administración, ha manifestado su interpretación de que el texto constitucional a este respecto resulta “neutro” y por consiguiente, es posible defender interpretaciones más expansivas a cerca de la presencia del personal laboral que las que se derivan de la STC 99/1987 de 11 de junio que reconduce el contrato de trabajo hacia el “dique seco de la excepcionalidad”, pág.16.

<sup>40</sup> ENDEMAÑO ARÓSTEGUI, J. M.; “La funcionarización del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* nº 283, 2000, pág. 355.

por laborales todos los puestos con funciones auxiliares de carácter instrumental y apoyo administrativo. Este último gui3n a3adido abre a3n m3s el abanico de posibilidades al tiempo que de nuevo incide sobre una realidad ya consagrada en nuestro empleo p3blico. Igual que se pon3a de manifiesto en el Cap3tulo I, la consideraci3n como funcionarios del personal subalterno que se efectu3 en el Estatuto de Maura<sup>41</sup>, y la consiguiente confusi3n de tareas que con ello se origin3, en este momento se destaca la inclusi3n de la posibilidad del recurso a la contrataci3n laboral para la realizaci3n de tareas administrativas cuando ya exist3a el Cuerpo de Funcionarios General Auxiliar de la Administraci3n del Estado, como un paso m3s en la confusi3n de tareas entre el colectivo funcionario y el otro laboral<sup>42</sup>. De hecho, bien puede decirse que este 3ltimo supuesto delimita con notable amplitud las posibilidades de recurso a la contrataci3n laboral hasta el punto de que pueden reconducirse al mismo pr3cticamente todos los anteriores<sup>43</sup>.

No es necesario el examen detenido de cada uno de los supuestos legales contemplados en el art3culo 15.1 c) LMRFP para vislumbrar con claridad suficiente la amplitud de los t3rminos con que cada uno se halla recogido<sup>44</sup>. Lo que sin duda puede destacarse es la ausencia de un 3nico criterio de conformidad con el cual se produce esta identificaci3n de los puestos susceptibles de ser ocupados por personal laboral. Ya puede tratarse de puestos de naturaleza no permanente, o de trabajos manuales tanto como de puestos que requieren una determinada especializaci3n t3cnica. M3s parece como si, pese a que la Ley mantiene una aparente conformidad con la doctrina constitucional ex STC 99/1987, la evidente laxitud del contenido

<sup>41</sup> Vid. ep3grafe 3.5 del Cap3tulo I.

<sup>42</sup> GODINO REYES, M.; *El contrato de trabajo en la Administraci3n P3blica*, 1997, p3g. 161, tambi3n ha se3alado la considerable amplitud de este nuevo supuesto incluido por la L. 42/1994.

<sup>43</sup> DEL SAZ, S. *Contrato laboral y funci3n p3blica*, Madrid, 1995. p3g. 53

<sup>44</sup> Para su estudio me remito al examen que hace L3PEZ G3MEZ, J. M.; *El r3gimen jur3dico del personal laboral de las Administraciones P3blicas*, C3vitas, 1995, p3gs. 168-174; que re3ne adem3s la circunstancia de ser el primero que se efect3a con profundidad, despu3s otros le han seguido. Tambi3n puede verse el art3culo de BERMEJO CABRERO, F.; "Las relaciones de puestos de trabajo y la laboralizaci3n de la funci3n p3blica" en *Revista Espa3ola de Derecho Administrativo*, n3 62/1989, p3gs. 229 a 241.



material de cada uno de los supuestos contradijera el carácter excepcional para el que fueron inicialmente previstos.

En efecto, los resultados, como era previsible, no se hicieron esperar y el proceso de entrada de personal laboral continuó progresando y demostrando que la contratación de trabajadores por parte de la Administración no es, ni mucho menos, una práctica excepcional<sup>45</sup>. Desde luego, las cifras y las estadísticas demuestran esa progresión geométrica.

### *2.3.2 La concertación del contrato de trabajo fuera de las previsiones del artículo 15.1 c) de la Ley 30/1984.*

Se debe abordar en este momento el problema que se plantea a la hora de decidir si afecta al contrato de trabajo celebrado por la Administración el hecho de *haber sido concertado fuera de las previsiones del artículo 15.1.c) LMRFP*, esto es, si se puede predicar la nulidad del mismo por haberse realizado contra la expresa prohibición legal de acudir a la contratación laboral en el ámbito de la Administración Pública<sup>46</sup>. Así, considerar que el cumplimiento o no de los requisitos de acceso a la función pública constituye una cuestión previa que afecta a la validez del contrato se trata de algo, sin lugar a dudas, importante. En definitiva, es una cuestión previa al cumplimiento de los requisitos de acceso, donde lo más relevante es determinar si el desconocimiento del contenido de lo estipulado en el art.15.1.c) LMRFP acarreará la nulidad del mismo contrato celebrado en esas condiciones.

Ciertamente, se trata de una norma imperativa ésta que se encuentra contenida

---

<sup>45</sup> MOLERO MARAÑÓN, M. L.; *Acceso y clasificación profesional en las Administraciones Públicas*, Tirant lo Blanch, pág. 19.

<sup>46</sup> Se discute si la citada relación contenida en el art.15.1.c) LMRFP constituye una lista cerrada o abierta susceptible de añadiduras. GODINO REYES sostiene la posición de que se trata de una lista con “un indudable carácter de *numerus clausus*”, “La problemática de la contratación laboral en la Administración Local” *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1997. Por el contrario, PRADOS DE REYES encuentra un carácter valorativo, en el sentido de fijar criterios no de lista cerrada, taxativa. “Peculiaridades de la relación de trabajo en el empleo público” *Actualidad Laboral*, 1990-I.

en el citado artículo. En ella se establecen cuáles son los supuestos excepcionales, y como tales, tasados, en los que es admisible la figura del contrato de trabajo en la Administración. La realización de un contrato de trabajo para cubrir puestos que no se encuentran explícitamente recogidos en la Ley, significará desconocer lo dispuesto en una norma imperativa o más claramente, contravenir lo regulado por ella. La consecuencia jurídica será la nulidad del contrato celebrado en contradicción con lo dispuesto en una norma jurídica imperativa<sup>47</sup>.

Ahora bien, es posible sostener al propio tiempo la nulidad, no del entero negocio jurídico, sino tan solo de aquellos aspectos en los que se pusiera de manifiesto su contradicción con la norma. Esto es, la no comunicabilidad de la nulidad a las partes del contrato que no adolecieran de vicios sustantivos. Así, por ejemplo, si se pactase la celebración de un contrato para la realización de tareas incluidas dentro de alguno de los supuestos del art. 15.1.c) LMRFP junto a otras tareas que no están recogidas dentro de este listado de excepciones, lo razonable es determinar la pervivencia del negocio jurídico en cuanto a la realización de aquellas tareas que expresamente resultaron contempladas por la norma aunque se predique la nulidad del resto del contrato en lo que se refiere a la realización de las tareas propias de puestos de trabajo que deben ser desempeñados por funcionarios<sup>48</sup>.

Las relaciones de puestos de trabajo se han configurado desde la Ley como el instrumento técnico que sirve para la ordenación del personal. Desde el momento en que en la Ley de Medidas se relaciona un elenco de funciones para las que “excepcionalmente” es posible la contratación de personal laboral, es de esperar que sean posteriormente las Relaciones de Puestos de trabajo las que especificarán en cada caso la oportunidad de la celebración de contratos de trabajo para determinados

---

<sup>47</sup> Así lo ha entendido LIMÓN LUQUE, M.A.; “La igualdad en el acceso del personal laboral a la Función Pública: las limitaciones en la aplicación del Derecho del Trabajo”, *Revista de Trabajo* nº 99, 1990, pág. 110

<sup>48</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.; “Validez del contrato”, en *Comentarios a las Leyes Laborales*, Tomo III, Edersa, 1985, pág. 36.

puestos. Ahora bien, por lo heterogéneo de este listado del artículo 15 LMRFP y por lo poco definidas que estas funciones se encuentran, puede decirse que se ampara bajo este precepto un gran margen de libertad para decidir la contratación bajo uno u otro régimen. Precisamente por esto, se pone de manifiesto, como se veía en el Capítulo II, la gran importancia de las Relaciones de Puestos de Trabajo como instrumentos de ordenación del personal puesto que en ellas se contendrá la adscripción a uno u otro régimen jurídico del personal.

### *2.3.3 Las potestades autoorganizativas del empleador público y la delimitación de fronteras entre la competencia jurisdiccional contencioso administrativa y la laboral.*

Entre las cuestiones que tradicionalmente han recibido una intensa atención por parte de la doctrina, lo que evidencia la calidad y la cantidad de los estudios que versan sobre ella, ha sido la relativa a la delimitación de competencias entre el orden jurisdiccional contencioso administrativo y el social en lo tocante a la resolución de las controversias surgidas con ocasión de la realización de contratos de trabajo por las Administraciones públicas. Al hilo de las mismas, y para procurar su resolución, la jurisprudencia ha reconocido como aplicable también al ámbito de la contratación laboral, la construcción doctrinal y jurisprudencial, con reconocimiento legal<sup>49</sup>, conocida como teoría de los actos separables<sup>50</sup>. No se reiterarán en estas páginas las elaboraciones doctrinales acerca de los actos separables<sup>51</sup>, pero sí se hará referencia en este momento a la localización de dichos actos en el ámbito laboral, esto es, a los dos diferentes momentos o a las dos fases que se suceden en el proceso de contratación de personal laboral.

---

<sup>49</sup> La Ley de Contratos del Estado, aprobada por el Decreto 923/1965, de 8 de abril, recogió la distinción entre actos de preparación y adjudicación de los contratos privados que celebre la Administración, cuyo régimen es el jurídico administrativo, y los efectos y extinción de los mismos, sometidos al derecho privado.

<sup>50</sup> OLIVERA MASSÓ, P.; "La revisión jurisdiccional de los concursos y oposiciones para el personal laboral al servicio de la Administración Pública. ¿Jurisdicción contencioso administrativa o social?", *Relaciones Laborales*, I/1991, págs. 293 y ss.

<sup>51</sup> Vid. DE SOLAS RAFECAS, J. M<sup>a</sup>.; *Contratos administrativos y contratos privados*, Tecnos, 1990.

En el proceso de nacimiento de la relación sometida al derecho de trabajo entre la administración y el/los trabajadores, existe, por una parte, una primera fase en la que el órgano administrativo se proyecta en la determinación de la formación de su voluntad a través de sus propios cauces de actuación que se encuentran reglamentados por normas de naturaleza jurídico administrativa. A lo largo de dicho proceso, la administración empleadora se conduce bajo la premisa de su condición de poder público cuya actuación, así como el procedimiento de formación de la voluntad de sus órganos, se encuentra supeditado a la prevalencia de normas de derecho necesario o *ius cogens*. Se trata de actos administrativos previos al nacimiento de la relación laboral separables del régimen jurídico que regula la misma<sup>52</sup>.

Posteriormente, se abre una segunda fase, cuando se ha producido la determinación de la voluntad del órgano según los procedimientos administrativamente establecidos, así se inicia la relación laboral en la cual la administración asume una posición, no de poder público, sino de empleador sujeto de las obligaciones laborales asumidas en virtud de la celebración del contrato de trabajo. En cada una de las dos fases de formación y desenvolvimiento de la relación laboral, la sede jurisdiccional competente para conocer y dirimir los conflictos que puedan surgir en la materia será distinta; la contencioso administrativa para la primera y el orden social para la segunda de las fases.

El orden jurisdiccional social es competente para conocer todo lo relativo al personal laboral que presta sus servicios para una Administración Pública pues la Administración actúa en este ámbito como cualquier otro empleador sometido al derecho del trabajo<sup>53</sup>. No obstante, en aplicación de la doctrina de los actos separables, al ser el orden contencioso administrativo el competente sobre aspectos

---

<sup>52</sup> CONDE MARTÍN DE HIJAS, V.; "La jurisdicción social y la jurisdicción contencioso administrativa: concurrencia y conflictos", *Relaciones Laborales*, I/1989, págs. 145 y 146.

de la intervención pública sometidos estrictamente a disposiciones de derecho administrativo, será este último competente para conocer sobre las cuestiones relativas al proceso de selección del personal laboral pues las irregularidades de los procesos de selección trascienden los intereses individuales de las partes contratantes y afectan al orden público<sup>54</sup>. De modo que hasta que queda concertada la relación laboral, es competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de toda controversia que al respecto pueda tener lugar<sup>55</sup>. Más adelante, habrá ocasión de volver sobre estas cuestiones al analizar los efectos que producen sobre el contrato de trabajo ya concertado las resoluciones firmes dictadas en el orden contencioso administrativo relativas al proceso de selección.

Así pues, Jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo<sup>56</sup> establece la diferencia entre aquellos actos en los que la Administración aún no actúa como empleadora sino que se sitúa en un estadio previo en el que se encuentra conformando su voluntad o estableciendo su propia organización interna; en esos casos, los conflictos que surgieran serán competencia del orden jurisdiccional contencioso administrativo. Luego, una vez que se ha producido el nacimiento y desarrollo de la relación laboral, esto es, una vez dentro de la dinámica de la relación sujeta al derecho del Trabajo, entonces puede decirse que la Administración actúa como una empleadora más y el conocimiento de los litigios que se puedan presentar corresponderá al orden jurisdiccional social.

Existen, no obstante, algunas excepciones; en esta línea se inscriben determinados pronunciamientos jurisprudenciales que limitan el alcance de la teoría de los actos separables, en primer lugar, cuando la entidad empleadora, aunque sea

---

<sup>53</sup> STS de 3 de junio de 1999, RJ 6005.

<sup>54</sup> MURILLO MARTÍN DE LOS SANTOS, M.; "Criterios jurisprudenciales divergentes en los órdenes jurisdiccionales contencioso-administrativo y social, en materia laboral", *Actualidad Laboral*, 1994-1, pág. 1.

<sup>55</sup> ATS, Sala de conflictos de 4 de julio de 1994, RJ. 10580.

<sup>56</sup> Vid. últimos pronunciamientos del TS: SSTs de 5 de julio de 2001 (RJ. 7005), de 19 de noviembre de 2001 (RJ. 354) y de 20 de septiembre de 2002 (RJ.8402).

de titularidad pública, se haya sometido en su actividad por completo al derecho privado<sup>57</sup>. En segundo lugar, se ha declarado también la competencia del orden jurisdiccional social, aunque se trataba de una actuación llevada a cabo por la Administración Pública en sentido estricto, en un supuesto litigioso derivado de la falta de contratación de cierto personal que figuraba incluido en un registro específico para sustituciones en las que cada inscrito ostentaba una concreta puntuación predeterminada con carácter objetivo, si bien, este supuesto ha sido matizado recientemente por la jurisprudencia como se verá más adelante respecto al funcionamiento de las bolsas de empleo<sup>58</sup>.

Especialmente complicada es la delimitación de competencias entre ambos órdenes en los casos de clasificación y valoración de puestos de trabajo. Como se sabe, las relaciones de puestos de trabajo son los instrumentos técnicos a través de los cuales se efectúa la ordenación del personal de acuerdo con las necesidades de los servicios y se precisan los requisitos para su desempeño. Como quiera que es cada administración la que confecciona las relaciones de puestos de trabajo, con independencia, a estos efectos, de la participación de los representantes del personal en todo el proceso, debido a que ésta es una actividad propia de la política de personal, las cuestiones que se susciten como consecuencia de estos procesos vendrán atribuidas al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa en virtud del artículo 9.4 LOPJ<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> Así ocurre con entidades como aeropuertos nacionales, vid. SSTs de 19 de marzo de 98, (RJ. 411); de 8 de marzo de 96, (RJ. 3188), con Radio y Televisión, vid. SSTs de 17 de julio de 96, (RJ. 611) y de 17 de mayo de 99, (RJ 6001).

<sup>58</sup> Esta última mención representa una más de las controversias que se originan como consecuencia de las conocidas como “bolsas de trabajo” pero podemos anticipar, sin perjuicio de lo que veremos más adelante al respecto de este tema, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido clarificada recientemente mediante dos sentencias dictadas en Sala General, SSTs de 4 de octubre de 2000 (RJ.8661 y 8662). En ellas el Tribunal declara la incompetencia de la jurisdicción social para conocer de las controversias que se originen en los momentos previos a la celebración del contrato, o cuando se trate de controversias a propósito de convocatorias de nuevo ingreso por contraposición a las cuestiones relativas a la promoción interna en las cuales la competencia sí que es claramente del orden jurisdiccional social.

<sup>59</sup> Las SSTs de 12, 13, 20 y 21 de febrero de 2001, Sala Tercera, Sección Primera, RJ. 582, 583, 586, 587 y 588, respectivamente, donde, reiterando la doctrina de la Sala acerca de la

Ahora bien, tratándose de cuestiones de promoción interna, movilidad y traslado de puesto de trabajo, se han ofrecido sólidos argumentos para defender la no competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en esta materia<sup>60</sup>. La propia normativa reguladora de los concursos, por ejemplo el artículo 28 del RGIAP, establece que la promoción interna o la cobertura de vacantes por personal que no sea de nuevo ingreso, se regirá por sus convenios colectivos o su normativa específica, lo que a la postre significa que se está reenviando la materia a la jurisdicción laboral. Resulta claro que la infracción de normas sobre provisión interna de vacantes supone la contravención de normas laborales.

Sigue llegando a los Tribunales, no obstante, un amplio abanico de supuestos que plantea dudas acerca de la atribución competencial en asuntos relativos al personal que presta servicios para la administración. Con ello se evidencia que la cuestión de la atribución competencial dista mucho de estar cerrada, especialmente en supuestos referidos a la organización del personal. Así, por ejemplo, un reciente pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña<sup>61</sup>, además de plantear un asunto de fondo relevante que se halla referido a la capacidad autoorganizativa de un organismo público y a la posibilidad de limitar la misma por la plena vigencia de la asunción de ciertas obligaciones en convenio colectivo, se detiene exclusivamente en cuestiones de índole procesal relativas a la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales y la competencia jurisdiccional para resolverlas<sup>62</sup>.

---

naturaleza jurídica de las relaciones de puestos de trabajo, se ocupan de la determinación del órgano competente para conocer de los recursos dirigidos contra las relaciones de puestos de trabajo. Efectivamente, en ellas se refiere a la naturaleza normativa de la que aquéllas participan con lo que la competencia se atribuye a la Sala de los contenciosos administrativo de la Audiencia Nacional.

<sup>60</sup> Vid.; MERCADER UGUINA, J.; *Delimitación de competencias entre el orden social y el contencioso administrativo*, Tirant lo Blanch, 1996, págs. 65-87.

<sup>61</sup> STSJ de Cataluña de 27 de febrero de 2003, AS. 1733.

<sup>62</sup> Así, los demandantes en el caso del que se ocupa esta sentencia, eran delegados de personal de un Patronato vinculado a la Diputación de Barcelona (entidad constituida como organismo autónomo de la citada Diputación), y pretendían el derecho de los trabajadores del Patronato a cubrir de forma restringida las plazas vacantes que se produjeran en el organismo, además de otras

Ciertamente, la pretensión de los demandantes no era otra que el reconocimiento del derecho de los trabajadores con vinculación laboral a que se respetara lo establecido en el Convenio colectivo en orden a la cobertura de las vacantes. Independientemente de que la vulneración denunciada se hubiera hecho patente a través de un acto administrativo, no era objeto del proceso el examen de la legalidad de dicho acto desde el punto de vista del derecho administrativo sino de la normativa laboral, porque la pretensión giraba en torno al reconocimiento de la obligación de la Administración de cumplir lo pactado en el Convenio Colectivo<sup>63</sup>.

La STS de 10 de julio de 2000<sup>64</sup>, había declarado que el conocimiento de la impugnación de un acto administrativo que acuerda la amortización de una plaza de una institución sanitaria de la Seguridad Social correspondía al orden Contencioso-Administrativo aunque ello no impedía que la comprobación de la existencia legal de dicha amortización fuera una cuestión que pudiera ser conocida prejudicialmente por el orden social. Así pues, aplicando al presente caso esta doctrina del Tribunal Supremo, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña entendió que, aunque la impugnación de los actos administrativos que acordaron clasificar como funcionariales las plazas y puestos de trabajo del Organismo

---

cuestiones, que ahora no vienen al caso, relativas a la pretensión de anulación de un nombramiento de un funcionario. Se venía discutiendo desde la instancia la competencia del orden jurisdiccional social para conocer de la cuestión planteada. Es importante señalar que se encontraba vigente para el personal laboral del Patronato un Convenio Colectivo en el cual se establecía el modo de cobertura de las plazas vacantes que se hayan de cubrir entre el personal. El sistema consistía en que se establece primero, un turno restringido y después, una convocatoria abierta de acuerdo con lo que dispone el Estatuto de los Trabajadores. Pero los problemas surgen cuando se acuerda clasificar como de régimen funcional las plazas del organismo autónomo indicado, estableciéndose una nueva estructura orgánica.

<sup>63</sup> Este supuesto tiene interés en tanto que supone una manifestación de los problemas de delimitación de los ámbitos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo y del orden social. Sobre ello, puede verse; DESDENTADO BONETE, A: "Sobre las difíciles relaciones entre el recurso de casación para la unificación de doctrina y el recurso de amparo y sobre los problemas de prejudicialidad administrativa en el proceso social. Una reflexión crítica y una propuesta. De nuevo, el caso de Galerías", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 78, 1996, págs. 687 a 694.

<sup>64</sup> RJ 6898.



Autónomo demandado debía producirse ante la jurisdicción contencioso-administrativa, existía en la demanda una cuestión prejudicial que resultaba de pleno y exclusivo conocimiento de la jurisdicción social y que era la relativa a la vigencia, aplicación y cumplimiento por parte de las demandada del artículo 6º del Convenio Colectivo por el que se regía el personal laboral del citado organismo<sup>65</sup>.

Como se ha señalado más arriba, se trata de una competencia de carácter autoorganizativo, estamos ante una facultad que resulta propia de cualquier empleador frente a la necesidad de ordenar los medios humanos y materiales de que dispone y enderezarlos a la actividad productiva. Así pues, de igual modo, la Administración Pública contará con dicha facultad, si bien, la notable diferencia existente con respecto a un empleador privado sea el carácter reglado de sus actuaciones en el sentido de que hasta el proceso de conformación de su voluntad, se desarrollará en virtud de una normativa administrativa y la propia expresión de dicha voluntad tomará la forma de un acto administrativo.

No obstante, la Administración Pública cuando actúa como empleadora debe atenerse a la normativa reguladora de los contratos de trabajo. Esta normativa genera derechos y obligaciones para quienes se encuentran incluidos en su ámbito y su vulneración chocaría frontalmente con el principio de legalidad al que debe ajustarse toda clase de actuación administrativa. Puede decirse que una vez que ha surgido el vínculo contractual laboral entre el trabajador y la Administración la dinámica de dicha relación se disciplina a través de la normativa específica, las normas laborales, y la resolución de los litigios que puedan surgir será competencia del orden social de la jurisdicción.

Las anteriores observaciones no pueden, en todo caso, obviar la realidad de la naturaleza jurídico-pública de la organización empleadora. Dicha realidad

---

<sup>65</sup> Las cuestiones prejudiciales no penales presentan en nuestro ordenamiento una gran complejidad, sobre ello puede verse el trabajo de SENÉS MOTILLA, C.; *Las cuestiones prejudiciales en el sistema procesal español*, Mc. Graw Hill, 1996.

condiciona notablemente la aplicación de la normativa específica, de la normativa laboral. Ello se sucede no sólo en materia relativa a la contratación laboral temporal, por citar una cuestión de entre aquellas que más trascendencia han tenido en cuanto a las dificultades aplicativas del derecho del trabajo en la Administración. Otros núcleos que han sido menos destacados, también presentan la misma dificultad. En general, se puede indicar que todo lo que se encuentra en relación con las capacidades autoorganizativas de las empleadoras públicas comparte idénticos rasgos de concurrencia de normativas administrativas y laborales que vienen a regular aspectos o facetas diferentes pero de una misma materia<sup>66</sup>.

Seguramente sea en la elaboración de las relaciones de puestos de trabajo cuando se evidencie de una manera más clara la interrelación que existe entre las facultades organizativas que la administración posee y su actividad como empleadora en orden a la organización de sus recursos y la clasificación de los puestos. En este sentido, las relaciones de puestos de trabajo resultan ser un instrumento, el más importante, para la ordenación del personal. Son al propio tiempo un instrumento de naturaleza puramente administrativa que alcanzará posteriormente la forma jurídica de un Real Decreto o de una Orden Ministerial, pero sin embargo, su contenido abarca la organización de la entera realidad de los puestos de trabajo en el empleo público de que se trate. Así, igual comprenderá, detallará, describirá, identificará, los puestos propios del personal funcional, como aquéllos otros que pueden ser desempeñados por personal laboral.

---

<sup>66</sup> En idéntica línea podemos señalar las observaciones de CORDERO SAAVEDRA, L.; en, *Régimen de trabajo en las Administraciones Públicas*, Laborum, 2003, pág. 96, que plantea sus dudas en torno a la posibilidad de que mediante la negociación colectiva se pudiera establecer en el ámbito público un sistema de promoción alejado por completo de las líneas inspiradoras de la regulación de esta materia en la Administración Pública, por ejemplo porque viniese en la práctica a ser un sistema mediante el cual se estableciera una promoción automática. Pero esta cuestión la resuelve con acierto argumentando que “si algo limita la capacidad negociadora es el respeto al derecho necesario que fluye del marco normativo laboral”. Del mismo modo, en el contexto del empleo público es preciso tener presente la necesaria garantía de la objetividad que debe ser respetada también cuando se trata de procesos de promoción interna, y no sólo en el momento del ingreso. Vid. SALA FRANCO, T., y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.; “La carrera profesional del personal laboral en la Administración Pública”, en *Documentación Administrativa* nº 210-211, 1987, y de los mismos autores, “La negociación colectiva del personal laboral al servicio del sector público” en *Relaciones Laborales*, I/1985.

No es muy clarificadora la normativa reguladora de los procesos de elaboración de las relaciones de puestos de trabajo. En concreto, nada expresamente se especifica en torno si está prevista la posibilidad de que en dicha elaboración participen los representantes de los empleados públicos. Por una parte, la Ley excluye de la obligatoriedad de negociación las materias relativas a las decisiones de las administraciones públicas que afecten a sus potestades de organización<sup>67</sup>, pero al mismo tiempo, la propia norma incluye entre el elenco de materias objeto de negociación la clasificación de puestos de trabajo<sup>68</sup>. Es esta una aparente contradicción que dice poco a favor de la propia técnica de la norma<sup>69</sup> ya que se podrán negociar las características esenciales de los puestos de trabajo pero existirá la salvaguarda de esa no obligatoriedad de negociación respecto a las materias que afecten a la potestad organizativa que se plasma fundamentalmente en la elaboración de las relaciones de puestos de trabajo<sup>70</sup>.

Pero, en conclusión, puede hablarse de la existencia de una práctica de negociación del contenido de las relaciones de puestos de trabajo. Así lo aconseja la

---

<sup>67</sup> Artículo 34.1 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

<sup>68</sup> Letra c del artículo 32 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

<sup>69</sup> PALOMAR OLMEDA, A.; *Derecho de la Función Pública*, 2001, pág. 619, ha señalado que se trata de una circunstancia que denota una cierta incongruencia técnica en la elaboración de la norma.

<sup>70</sup> Vid. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.; *La negociación colectiva de los funcionarios públicos*, Cedecs, 1996, págs. 156 y 157; en estas páginas, la dificultad interpretativa que se plantea con ocasión de la posibilidad de negociación de estos instrumentos se pone de manifiesto haciendo referencia a otro sector doctrinal que reseña que determinados aspectos de los contenidos en las relaciones de puestos de trabajo se podrán negociar pues tendrán cabida en otros apartados de la Ley como las retribuciones complementarias o los sistemas de previsión. La relación de puestos de trabajo es una típica manifestación del ejercicio de la potestad organizativa del personal, pero resulta claro que el legislador ha querido que esté incluida en el ámbito de lo negociable. Vid. asimismo las referencias que se hacen a: KONINCKX FRASQUET, A.; "Contenido y alcance de la negociación colectiva en el ámbito local tras la Ley 7/1990. Control judicial" en *Revista General de Derecho*, nº 588, 1993.

necesidad de consensuar y permitir la mayor participación posible en su elaboración por parte de los sujetos destinatarios de las mismas y en ello abundan también lógicas razones de eficacia. Todo ello sin perjuicio de su naturaleza administrativa y de la forma jurídica que éstas revestirán<sup>71</sup>. Así pues, dicha naturaleza, y la forma jurídica correspondiente determinarán la competencia jurisdiccional del orden contencioso administrativo para el conocimiento de los conflictos que se presenten.

### 3. PUNTOS CRÍTICOS EN EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO

Sabida es ya la aplicación extensiva que de los principios de igualdad, mérito y capacidad establecidos en nuestra Constitución se hace al acceso del personal laboral en el empleo público. También la contratación del personal no permanente se celebrará de conformidad con dichos principios, en seguimiento de las normas de general aplicación en la contratación de este tipo de personal de acuerdo con los criterios de selección que se determinen por el Ministerio para las Administraciones Públicas<sup>72</sup>. La Circular de 27 de marzo de 1987 de la Secretaría de Estado para las Administraciones Públicas establece que en la contratación laboral temporal no puede hacerse una excepción a la vigencia de los principios de mérito y capacidad, cuya plena aplicación viene además exigida desde la propia normativa reglamentaria. Sabido es también que con frecuencia se pueden encontrar en la doctrina planteamientos favorables a la introducción de ciertas modalizaciones en la aplicación de dichos principios cuando se trata del reclutamiento de este personal no permanente<sup>73</sup>. Con ello se persigue que, sin dejar de hacer efectivo el juego pleno de

---

<sup>71</sup> Téngase en cuenta que la verdadera naturaleza de las relaciones de puestos de trabajo es la de actos plúrimos, con destinatarios indeterminados, excluyendo en todo caso que sean auténticos reglamentos, vid. STS de 26 de mayo de 1998, Sala Tercera, (RJ. 5451).

<sup>72</sup> El Reglamento General de Ingreso no contiene una regulación muy detallada de la selección del personal laboral no permanente, así, el artículo 35 se limita a recoger esa posibilidad estableciendo que los departamentos ministeriales podrán proceder a la contratación de personal no permanente para la realización de trabajos que no puedan ser atendidos por personal laboral fijo, para lo cual será preciso el informe favorable de los Ministerios para las Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda. Vid. las consideraciones que GODINO REYES, M.; op. cit. págs. 139 y ss. destaca respecto a su desarrollo reglamentario.

<sup>73</sup> Las características peculiares de las administraciones públicas condicionan y determinan los procesos de selección. La pugna o la constante tensión entre la eficacia y el garantismo se percibe

su vigencia, sean proyectados sobre mecanismos de acceso diferenciados cuando se trate de personal temporal para facilitar una actuación más práctica y eficiente, así como “obtener una rentabilidad mayor de los factores de los que (se) dispone”<sup>74</sup>.

No obstante, se dan casos de necesidades urgentes de sustitución de personal o de cobertura provisional de un puesto cuya satisfacción se demora en el tiempo tanto que cuando se alcanza finalmente la designación del trabajador sustituto, ha cesado la necesidad que daba lugar a su selección. En respuesta a estas necesidades ciertas, las distintas administraciones vienen impulsando la creación de una reserva de trabajadores preparados para cubrir una necesidad desde el mismo momento en el que ésta se produzca. A tal fin se han ido estableciendo bolsas de trabajadores creadas unilateralmente por la Administración concernida o, frecuentemente, como fruto de la colaboración y el acuerdo con las organizaciones sindicales<sup>75</sup>.

### **3.1. El útil pero conflictivo papel desempeñado por las llamadas “bolsas de empleo” en el acceso al empleo público.**

Las bolsas de empleo suponen un mecanismo de suministro ágil y eficaz de

---

también en la regulación de los procesos de selección para el empleo público: “las administraciones públicas “en cuanto organizaciones públicas, deben garantizar los principios de igualdad y mérito en el acceso a los cargos y funciones públicas y por otro, deben establecer sistemas lo suficientemente flexibles y aptos, como para que la igualdad formulada no suponga merma de la eficacia, o, si se prefiere, del servicio que se presta a los ciudadanos.”. Vid. FABREGAT ROMERO, P. y URANGA COGOLLOS, C.; “La selección de personal en la Administración Pública: El mito del Administrador educado”, *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, vol. 57, nº 2, 1991, pág. 121.

<sup>74</sup> GÓMEZ ÁLVAREZ, T.; “Viejos problemas y nuevas soluciones en el acceso del personal laboral a la función pública: Las bolsas de trabajo.”, en AA.VV.; *Las relaciones laborales en las administraciones públicas*, vol. I, (XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social), MTAS, 2001, pág. 741.

<sup>75</sup> Así, a modo de ejemplo, puede citarse el Convenio Colectivo de trabajo para la Diputación Provincial de Palencia suscrito por la representación empresarial de una parte y por UGT, CC.OO., CSI-CSIF Y CEMSATSE, por otra, y publicado en el B. O. de la Provincia en fecha de 25 de julio de 2000, cuyo artículo 25 relativo a la contratación temporal establece que “dentro del primer trimestre de cada año, por la Comisión de Vigilancia e Interpretación del Convenio, se elaborarán las bases de las Bolsas de Trabajo para las contrataciones por sustituciones de Incapacidad Temporal, licencias y vacaciones de aquellas categorías profesionales en las que se produzca un elevado número de incidencias...”

trabajadores para la cobertura temporal de vacantes urgentes que se dan con frecuencia en el empleo público dado lo lento y costoso del procedimiento ordinario establecido por la Ley<sup>76</sup>. En este sentido puede decirse que las bolsas de empleo suministran personal de manera eficiente en los casos en los que se precisa agilidad en la cobertura de una plaza de un modo, eso sí, provisional. Se tratará de supuestos en los que acudir al procedimiento ordinario es largo y es costoso y no se adecua a las necesidades concretas que se presentan. La cuestión más importante es hacer conciliable la indudable eficacia que dichos instrumentos proporcionan con la necesaria e ineludible observancia de los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público que vinculan a la administración empleadora para cualquier clase de puesto de trabajo, sea temporal, sea indefinido.

Las formas de funcionamiento y el modo en que se cubren las exigencias derivadas de los principios de mérito y capacidad difiere según el sistema de bolsas que se utilice. Puede ser que dichas bolsas se vayan configurando a través de auténticas convocatorias en las que el personal se inscribe y es situado en ellas con una determinada baremación dependiendo de sus características o su perfil profesional. Igualmente es posible que la confección de dichas bolsas se efectúe a partir de aquellos candidatos que se presentaron a los oportunos concursos u oposiciones y no obtuvieron plaza en esos momentos, con ellos se elaboran unas listas en las que se numera a los candidatos en función del puesto obtenido en las pruebas realizadas<sup>77</sup>. En definitiva, destaca la abundante variedad de posibilidades que se abren, pero, sean cuales sean las fórmulas adoptadas para regir el funcionamiento de dichos instrumentos, su gestión suele centralizarse en el departamento de personal correspondiente, con el concurso, en lo atinente a su

---

<sup>76</sup> OJEDA AVILÉS, A.; *Los Acuerdos de estabilización del personal temporal en ....* op. cit. Comares, 1998, pág. 105

<sup>77</sup> Por ejemplo, GÓMEZ ÁLVAREZ, T.; “Viejos problemas...” op. cit. pág. 744, enumera la variedad de posibilidades de articulación de estas bolsas de empleo, por ejemplo: puede atenderse exclusivamente a la puntuación alcanzada en las pruebas selectivas, o tener en cuenta la experiencia previa en virtud del cómputo del tiempo trabajado anteriormente para la Administración, o la asistencia a cursos formativos...etc.

control, de una comisión de seguimiento en la que participan los representantes de los trabajadores<sup>78</sup>.

La objetividad de estos sistemas se acredita mediante el recurso a factores como la experiencia en el desempeño de puestos de trabajo que requieren un conocimiento previo de la realidad en la que se desenvuelven y que precisan un personal específico que no es fácil de suministrar a un establecimiento público o bien mediante la medición de la baremación obtenida en previos concursos u oposiciones de acceso, o incluso también a través de la consideración de otros méritos como pueden ser la participación en determinados cursos de formación o similares.

Así pues, ante la notable variedad que presentan las denominadas bolsas de trabajo o de empleo que, siendo producto de los sujetos negociadores del convenio o de la iniciativa de la organización, poseen en cada caso sus propias características, se plantean abundantes dudas en torno a la verdadera naturaleza jurídica de estos mecanismos, en qué situación se encuentran aquellos que figuren inscritos en las mismas, a qué jurisdicción le corresponderá el conocimiento de las controversias que pueden surgir alrededor de su funcionamiento, y un largo etcétera de interrogantes.

La determinación de la concreta posición jurídica en la que encuentra el “aspirante” que figure inscrito en una de estas listas tiene importancia. Se trata de saber qué efectos se producen de cara a estos trabajadores, pues las posibilidades abarcan desde que se considere que lo único que existe es una mera expectativa que no resulta vinculante para la Administración, o bien, que se estime que la inscripción en una bolsa de trabajo tiene efectos constitutivos y que, por lo tanto, el trabajador está legitimado para ejercitar acciones judiciales exigiendo el

---

<sup>78</sup> Acerca de la variedad existente en estos instrumentos y en cuanto al modo de regular el funcionamiento y estructura de las bolsas, vid.: LÓPEZ GÓMEZ, J.M. y GÓMEZ ÁLVAREZ, T.; “El acceso del personal laboral a las administraciones públicas: Las bolsas de trabajo”, *Temas Laborales* nº 53, 2000, págs. 87 a 119.

cumplimiento del compromiso.

Determinadas posiciones han sostenido la posibilidad de considerar que el inscrito en la bolsa tiene la categoría de fijo discontinuo<sup>79</sup>. Habría que afinar mucho los supuestos e incluir sólo aquellos casos en los que se diera verdaderamente una concurrencia de circunstancias que apunten a esta realidad del fijo discontinuo, por ejemplo, cuando se trate de supuestos en los que el aspirante ya se encuentra trabajando o ha trabajado en tareas cíclicas de persistente reiteración o en trabajos de naturaleza intermitente<sup>80</sup>. En aquellos casos en los que se determine que la integración en un bolsa de trabajo oficial se califica como un contrato fijo discontinuo mediante el cual la Administración se obliga a llamar al trabajador cuando necesite la realización de un trabajo temporal, el incumplimiento del orden de llamada es un despido que podrá ser impugnado por la vía procesal contemplada en los artículos 103 y siguientes de la LPL<sup>81</sup>.

El supuesto más frecuente es el que se viene planteado con ocasión de la confección de una lista de aspirantes a los que la Administración se compromete a contratar cuando surjan necesidades de personal. Ello se podría considerar “una promesa de contratación, un precontrato”<sup>82</sup>. En todo caso, debe reconocerse al inscrito en la lista de espera un interés legítimo<sup>83</sup>. Según alguna doctrina judicial

---

<sup>79</sup> CARDENAL CARRO, M.; “Las denominadas listas de espera para la contratación, especialmente en el organismo autónomo de correos y telégrafos” *Aranzadi Social*, 1998, pág. 2570.

<sup>80</sup> GÓMEZ ÁLVAREZ, T.; “Viejos problemas...” op. cit. pág. 749.

<sup>81</sup> SSTSJ de Cantabria de 29 de marzo de 1995 (AS. 1067) y de Navarra de 28 de noviembre de 1995 (AS. 4102). Por el contrario, la STSJ Madrid de 26 de febrero de 1998 (AS. 516), considera que la integración en una bolsa de trabajo no constituye una relación laboral de fijo discontinuo y que, por tanto, el incumplimiento del orden de llamada no puede ser nunca un despido. Un comentario sobre esta sentencia puede verse en: LAHERA FORTEZA, J.; *Actualidad Laboral* nº 25, 1998, págs. 2222 a 2224.

<sup>82</sup> GÓMEZ ÁLVAREZ, T.; “Viejos problemas...” op. cit. pág. 749.

<sup>83</sup> De tal manera que el incumplimiento del orden de llamada en una bolsa de trabajo para ser contratado temporalmente puede dar lugar a una reclamación de derechos con la petición de consecuencias económicas reparadoras por parte del trabajador a través del proceso ordinario, pero nunca a una acción de despido. Vid. LAHERA FORTEZA, J.; “El incumplimiento del orden de



sobre esta cuestión, cuando no se observan las normas reguladoras del funcionamiento de una bolsa de trabajo, por ejemplo porque no se respete el orden establecido de los aspirantes, será precisa la reparación o la indemnización de los daños y perjuicios que implicaría el pago de los salarios dejados de percibir, el cómputo del periodo en el que debió ser contratado como mérito para futuras contrataciones y el cómputo de la antigüedad<sup>84</sup>.

Una cuestión en parte relacionada con esta última y que llama la atención por la casuística y lo delicado de la delimitación de los términos, es la relativa al establecimiento de la competencia o incompetencia del orden social de la jurisdicción para el conocimiento de los supuestos litigiosos que plantean estos mecanismos. Puede verse una larga serie de pronunciamientos del Tribunal Supremo en los que, estimando la competencia de jurisdicción, se declaraba el orden social como orden competente para conocer de cuestiones relativas a la aplicación y funcionamiento de las bolsas de trabajo. Esta posición se sustentaba en el entendimiento de que se trata de supuestos en los cuales la actuación de un organismo público se produce en su calidad de empresario en desarrollo de un acuerdo pactado con la representación de los trabajadores. Así, la STS de 4 de febrero de 2000 (RJ. 411) declara que es competente el orden jurisdiccional social para controlar la regularidad de la actuación de la Administración en relación al control a través de las bolsas de trabajo<sup>85</sup>.

También la STS de 15 de febrero de 2000 (RJ.2042) en un supuesto de solicitud de nulidad de un contrato efectuado fuera de bolsa, declaraba la competencia de la jurisdicción social y establecía la diferencia con respecto a supuestos de

---

llamada en una bolsa de trabajo no es un despido: Comentario a la STSJ Madrid de 26 de febrero de 1998. *Actualidad Laboral*, nº 25, 1998, págs. 2222 a 2224.

<sup>84</sup> STSJ País Vasco de 30 de mayo de 2000 (AS.981).

<sup>85</sup> Vid. las SSTs: 23 de junio de 1997 (RJ. 4935), de 23 de junio de 1997 (RJ. 4936), de 30 de septiembre de 1997 (RJ. 6631), de 5 de noviembre de 1997 (RJ. 8085), de 14 de noviembre de 1997 (RJ. 8312), de 17 de noviembre de 1997 (RJ. 8315), de 12 de diciembre de 1997 (RJ. 9167), de 19 de enero de 1999 (RJ. 1020) y de 31 de mayo de 1999 (RJ. 5006).

convocatorias de nuevo ingreso, como en los casos examinados en la STS de 21 de julio de 1992 (RJ. 5641), en el que se declaró la incompetencia de jurisdicción social por entenderse que en ellos predominaban los aspectos administrativos frente a casos de gestión y funcionamiento de las bolsas en los que sobresale más el papel de empleador del organismo público en cuestión.

Pero esta interpretación va a ser radicalmente modificada cuando, reunido el Tribunal en Sala General, se dictan dos sentencias de fecha 4 de octubre de 2000 (RJ. 8661 y 8662)<sup>86</sup>, en las que se establece la incompetencia del orden social para conocer de los conflictos suscitados en la provisión de puestos de trabajo en organismos públicos, siempre que no sean por promoción interna. El Tribunal entenderá que la incompetencia de jurisdicción resulta clara frente a lo sostenido hasta el momento, pues no se cuestionan derechos adquiridos sino meras expectativas de derechos que no pueden fundar la existencia de un precontrato. Todo ello lo sostiene el Tribunal con independencia de que las listas hayan sido elaboradas por la Administración Pública en el ejercicio de sus facultades organizativas o bien mediante acuerdo alcanzado con las organizaciones sindicales representantes de los empleados<sup>87</sup>.

Esta última jurisprudencia atiende a la naturaleza pública de la empleadora como circunstancia que condiciona todas sus actuaciones de manera que la selección del personal se realiza a través de un procedimiento administrativo que implica el ejercicio de una “verdadera potestad administrativa y que precisamente se encuentra

---

<sup>86</sup> Que han sido seguidas posteriormente por las SSTS de 5 de julio de 2001 (RJ. 7005), de 19 de noviembre de 2001 (RJ. 354) y de 20 de septiembre de 2002 (RJ. 8402),

<sup>87</sup> Despejando así las dudas que planteaba la interpretación de la doctrina judicial conforme a la cual se entendía que la jurisdicción contencioso administrativa es competente para resolver los litigios planteados con respecto a las bolsas de trabajo, salvo que se regulen mediante un acuerdo colectivo o convenio en cuyo caso será competencia del orden jurisdiccional social, con cita de las SSTSJ País Vasco de 21 de abril de 1998 (AS. 2099) y de Castilla y León de 7 de julio de 1998 (AS. 3126), vid. LÓPEZ GÓMEZ, J.M.; y GÓMEZ ÁLVAREZ, T.; “El acceso del personal laboral a las administraciones públicas: Las bolsas de trabajo”, *Temas Laborales* nº 53, 2000, pág. 113, que objetaban las mencionada interpretación.

regulada por normas de carácter administrativo”<sup>88</sup>.

### 3.2. La alegación de nulidad del contrato: ¿una nueva vía?

Se hace preciso volver de nuevo sobre las cuestiones relativas a las irregularidades de los procesos de selección previos a la celebración de los contratos de trabajo por la Administración Pública. La razón es doble. Primero, porque la nulidad del contrato de trabajo que se produzca como consecuencia de la existencia de irregularidades habidas en el proceso de formación de voluntad del órgano administrativo, podría abrir el campo del tratamiento de la contratación laboral irregular. Segundo, porque es importante hacer referencia a la doctrina jurisprudencial existente sobre los efectos que tiene la declaración de nulidad del proceso de selección sobre los contratos de trabajo celebrados. Dicha jurisprudencia, además, ha sido después invocada por la doctrina, como se verá, para ofrecer vías de extinción de los contratos indefinidos no fijos de plantilla en la administración.

En efecto, parece posible dibujar un tratamiento de las contrataciones irregulares en las que no se ha seguido el preceptivo proceso de selección previo a la celebración del contrato de trabajo con la Administración Pública<sup>89</sup>. Así, por ejemplo, si una organización administrativa ha celebrado contratos de trabajo sin convocatoria pública, puede entenderse que en este caso quien contrata carece de habilitación para ello y, en consecuencia, cabe declarar la nulidad de los contratos<sup>90</sup>.

---

<sup>88</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V. y QUINTANILLA NAVARRO, R.Y.; “La contratación laboral en las administraciones públicas”, *Cuadernos de Aranzadi Social* nº 17, 2003, pág. 49.

<sup>89</sup> Recientemente, por ejemplo, se ha dictado sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2003 (RJ. 5086), que resolviendo un Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, trataba el supuesto de una demanda interpuesta por un sindicato instando la declaración de nulidad de determinados contratos de trabajo por no haberse cumplido los requisitos necesarios para la contratación laboral por las Administraciones Públicas. Debe decirse que la sentencia recurrida desestimó tal demanda y en esta ocasión, también el Tribunal Supremo a su vez desestimó el recurso por falta de contradicción. Pero ello no resta importancia a la cuestión que bien pudiera perfilarse como una nueva vía de articulación de un conflicto hasta ahora no satisfactoriamente resuelto.

<sup>90</sup> La STSJ de la Comunidad Valenciana de 13 de enero de 2000 (AS 2173), resolvía el recurso

Con ello se hace una expresiva referencia a los dos momentos que se pueden diferenciar en la contratación por parte de las administraciones públicas. Aquel primero en el que la Administración “que precisa contratar trabajadores forma su voluntad a través, en su caso, de convocatoria pública y de un proceso selectivo que garantiza los principios de mérito y capacidad y los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución Española, y que culmina con la determinación de los trabajadores a contratar”. Y un segundo momento en el cual la Administración conviene con ellos, de conformidad con las bases de la convocatoria efectuada, los términos de dicha contratación.

Se debe subrayar la importancia que tiene la distinción de estos dos momentos porque resulta fundamental a la hora de “dilucidar cuestiones competenciales”<sup>91</sup>. En el primero de los momentos señalados la Administración actúa con sujeción a las normas de derecho administrativo que regulan el modo según el cual las Administraciones públicas han de conformar su voluntad y por lo tanto, las cuestiones que se susciten en el transcurso del mismo “quedarán sustraídas del conocimiento de los órganos del orden social”<sup>92</sup>. En el segundo momento de los descritos, las partes deben someterse al derecho del trabajo a pesar de la naturaleza pública de uno de los sujetos, y por ello, como en esta fase la Administración contratante actúa como empresario y no revestida de sus facultades públicas, se le atribuye al orden social de la jurisdicción la competencia para conocer de los litigios que puedan surgir en esos momentos<sup>93</sup>.

---

de suplicación contra una sentencia estimatoria de la demanda interpuesta por CC.OO. El sindicato mencionado denunciaba la suscripción por un ayuntamiento de ciertos contratos de trabajo sin convocatoria pública razón por la que se entendía que la administración municipal contratante carecía de habilitación para ello. En la sentencia de instancia se declaró la nulidad de dichos contratos de trabajo efectuados por el Ayuntamiento.

<sup>91</sup> STSJ Comunidad Valenciana de 13 de enero de 2000 (RJ. 2173).

<sup>92</sup> STS 10 de noviembre de 1993 (RJ 8677).

<sup>93</sup> SSTs de 19 de enero de 1999 (RJ.1020), de 23 de junio (RJ. 4935), 17 de noviembre (RJ. 8315) y 12 de diciembre de 1997 (RJ. 9167).

Pero si hasta este momento, el razonamiento ha discurrido por los cauces ya señalados por la teoría de los actos separables, sin embargo, lo que resulta más interesante de todo el supuesto planteado es el hecho de la celebración del contrato de trabajo sin que uno de los dos sujetos contratantes, en este caso la administración, tenga capacidad para ello toda vez que no ha seguido el procedimiento administrativamente previsto para la conformación de su voluntad (a través de la convocatoria pública y del seguimiento del proceso de selección establecido).

Así pues, se cuestiona la existencia en las contrataciones realizadas de uno de los elementos básicos del contrato de trabajo: el consentimiento válido que debió prestar la Administración contratante. Y ello porque éste estaría viciado al haberse omitido el procedimiento que debía observarse para la manifestación del mismo.<sup>94</sup> De este modo, se perfilan claramente dos cuestiones, por un lado, la competencia que resulta indubitada del orden jurisdiccional social para conocer de la cuestión<sup>95</sup> y por otro lado, la teoría de la falta de capacidad de uno de los sujetos contratantes como causa de anulación del contrato. En este último supuesto, habiéndose producido un defecto en el transcurso del procedimiento de conformación de la voluntad de la organización pública empleadora, en este caso concreto por la ausencia de convocatoria pública. De modo que falta uno de los elementos fundamentales para que pueda entenderse existente la capacidad necesaria para contratar<sup>96</sup>.

---

<sup>94</sup> Por error en las personas contratadas que no pudieron determinarse con arreglo al procedimiento legalmente establecido por no haber habido ni convocatoria pública ni proceso selectivo que permitiera su determinación e identificación.

<sup>95</sup> Pues afecta a la intervención en el contrato de trabajo como parte del mismo y no en cuanto administración ejerciente de potestades públicas, siendo por ello lo debatido propio de la rama social del derecho y, por ello, atribuido su conocimiento a este orden de la jurisdicción.

<sup>96</sup> Así, en todos los casos en los que la posición jurídica del empleador sea ocupada por persona jurídica, no es ésta sino determinadas personas físicas las que realizan los actos derivados del contrato, pero tales actos lo son en nombre y por cuanta de la persona jurídica que es la empleadora en sentido propio y riguroso, repercutiendo en su esfera jurídica patrimonial. La falta de capacidad podría justificar el ejercicio de una acción de nulidad ante la Jurisdicción. Así, el tenor literal de la propia sentencia señala con claridad que "en el proceso que ha llevado a la contratación de los dos trabajadores codemandados, el Ayuntamiento recurrente no se ha atenido a las exigencias establecidas en el artículo 103 en relación al artículo 91 de la Ley 7/1985, de 2 de

El problema de los efectos que tiene sobre el contrato de trabajo la anulación del concurso para proveer plazas laborales en la Administración Pública ha planteado dificultades en unificación de doctrina. En unos importantes pronunciamientos<sup>97</sup> y frente a la posición que se había mantenido en una anterior sentencia de 12 de junio de 1989<sup>98</sup>, el Tribunal Supremo entendió que, anulado el concurso-oposición que confiere legitimidad y derecho al trabajador para ocupar la plaza mediante el contrato de trabajo, “éste queda de raíz inválido”. Por consiguiente, la anulación del concurso tiene el efecto inmediato de la nulidad del contrato celebrado a su amparo<sup>99</sup>. En las mencionadas sentencias se reconoce la trascendencia de lo resuelto en la jurisdicción contencioso administrativa “en relación con la falta de regularidad en la tramitación del concurso oposición (actos separables) sobre la contratación laboral posterior”<sup>100</sup>.

---

abril, no habiendo seguido para ello sistema selectivo alguno que respetara los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad exigidos por dichos preceptos, razón por la cual, no constando la existencia de circunstancias que justifiquen la urgencia de la contratación, la administración demandada no formó con arreglo a derecho su voluntad contractual, prestando un consentimiento viciado a la celebración de los contratos de trabajo”.

<sup>97</sup> STS 29 de marzo de 1994 (RJ. 2656), STS de 5 de octubre de 1994 (RJ.7748).

<sup>98</sup> STS de 12 de junio de 1989 (RJ.4567) en la que no se reconocía eficacia al pronunciamiento del orden contencioso administrativo sobre los contratos posteriormente celebrados o como sostienen QUINTANA LÓPEZ, T. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.; “Efectos de la anulación de los actos separables sobre la contratación laboral de las administraciones públicas”; *Aranzadi Social*, vol. VI, 2001, pág. 98, “al menos, niega su eficacia directa a través de la simple ejecución de sentencia” argumentando la necesidad de dar a los trabajadores implicados la oportunidad de defensa a través del procedimiento administrativo o judicial correspondiente, “lo que de facto supuso que un orden jurisdiccional, el laboral, desconociera los efectos de cosa juzgada de lo decidido en firme por otro orden jurisdiccional, el contencioso administrativo”.

<sup>99</sup> En este mismo sentido puede verse; GODINO REYES, M.; *El contrato de trabajo en la Administración Pública*, Cívitas, 1997, págs. 149 a 152. Asimismo, LIMÓN LUQUE, M.A. en “La igualdad en el acceso del personal laboral a la función pública: Las limitaciones en la aplicación del derecho del trabajo” *Revista de Trabajo*, nº 99, 1990, págs. 82 a 111, sostiene que “tanto la inexistencia de unas racionales reglas de selección que garanticen el principio de igualdad de acceso, como una aplicación inadecuada de las mismas durante el proceso de selección, deben llevar a la nulidad de la convocatoria pública o del propio proceso de selección efectuado. Habiendo adquirido firmeza esta decisión, el contrato laboral debería considerarse nulo, con las consecuencias previstas en el artículo 9.2 ET, esto es, la indemnización por el trabajo efectivamente prestado”.

<sup>100</sup> QUINTANA LÓPEZ, T. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.; “Efectos de la anulación de los actos separables sobre la contratación laboral de las administraciones públicas”; *Aranzadi Social*, vol. VI, 2001, pág. 98.

En la misma línea, posteriormente, la STS de 10 de marzo de 1999 (RJ 2124), establece que la nulidad del concurso “determinará la extinción de los contratos celebrados de conformidad con aquél”. La sentencia hace referencia al efecto extintivo que la declaración de nulidad del concurso tendrá sobre los contratos celebrados, pero ya no habla de “efecto inmediato”. Así, una vez declarada la nulidad del concurso, será necesario acordar la extinción del contrato. Con ello, la sentencia pretende conciliar los efectos que sobre el contrato de trabajo recaen por la anulación del concurso, con los derechos del trabajador cuyo contrato se verá afectado por esta circunstancia. Con dicha razón de fondo, la sentencia argumenta que se trata de una extinción justificada por la existencia de una situación de fuerza mayor derivada de un acto de autoridad o *factum principis*<sup>101</sup>, razón por la cual, la extinción del contrato debe encauzarse en la extinción por fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo (art. 49.1.h)ET) y las causas objetivas legalmente procedentes. No obstante, como la equiparación del *factum principis* a la fuerza mayor exigiría que ésta tenga que apreciarse por la autoridad laboral a través de un expediente de regulación de empleo según lo dispuesto en el art. 51.12 ET, el Tribunal entendió que la vía adecuada para llevar a cabo dicha extinción, es la de los artículos 51 o 52.c) del Estatuto de los Trabajadores, abriéndose con ello el cauce procesal del despido para las posibles reclamaciones, amén del derecho del trabajador/es afectados a la percepción de la correspondiente indemnización por despido objetivo o colectivo.

La mencionada STS de 10 de marzo de 1999, tiene un voto particular<sup>102</sup>. La divergencia con la sentencia se produce en relación a los efectos que tiene la declaración de la nulidad del proceso selectivo sobre el contrato de trabajo

---

<sup>101</sup> Definido como “orden de la autoridad pública imprevisible o inevitable que impide la prestación de trabajo” por, DE LA VILLA GIL, L.E.; “El *factum principis*” en: *Diecisiete lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y desempleo*, UCM, 1970, págs. 105 y ss.; donde se señala que el *factum principis* exige una decisión de autoridad, entendiendo el término decisión en un sentido amplio de manera que en él caben las resoluciones judiciales, pág. 106.

celebrado. En el voto particular se sostiene que la anulación del concurso “no determina la aparición de una causa extintiva sobrevenida que autorice la denuncia del contrato por el empresario, sino la nulidad de los contratos celebrados al amparo de aquél”. Se entiende por tanto que, “bastaría una declaración de voluntad del empleador para establecer los efectos derivados de esa anulación sobre el contrato afectado, sin perjuicio, por supuesto, de las eventuales reclamaciones que correspondan al trabajador por los perjuicios que la actuación administrativa anulada le hubiese producido”<sup>103</sup>.

En la argumentación contenida en el voto particular se parte de la base de que una vez declarada la nulidad de las actuaciones administrativas que están destinadas a determinar qué persona debe ser contratada con arreglo a los principios de mérito y capacidad, el contrato de trabajo formalizado no ha sido válido en ningún momento “pues se trata de un contrato que nunca debió haber existido”. Por ello, no estaríamos ante un supuesto extintivo como el que se plantea en los casos en los que el contrato de trabajo siendo inicialmente válido, ante la concurrencia de determinadas circunstancias, se podría producir la extinción. En los supuestos de nulidad estamos ante un supuesto de ineficacia contractual.

No obstante, determinados efectos contractuales producidos con anterioridad a

---

<sup>102</sup> Que fue formulado por el Magistrado DESDENTADO BONETE.

<sup>103</sup> Vid. DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.; *Despido y jurisprudencia: La extinción del contrato de trabajo en la unificación de doctrina*, Lex Nova, 2002, pág. 38, quienes consideran que la doctrina contenida en dicho voto particular representa una mayor continuidad con la mantenida por el Tribunal hasta la STS 10 de marzo de 1999 (RJ. 2124). Un ilustrado comentario a dicha sentencia puede verse en, GUTIERREZ SOLAR-CALVO, B.; “Repercusiones de la declaración de nulidad del concurso para la provisión de plazas laborales en la Administración Pública en la contratación celebrada a su amparo (comentario a la STS 4ª, de 10 de marzo de 1999)”, en *Relaciones Laborales*, I/1999, págs. 797 a 802. También; DÍAZ RODRÍGUEZ, J.M.; “El contrato de trabajo en las Administraciones Públicas ante la anulación del procedimiento de selección”, en *Actualidad Laboral*, nº 3 y 4, 2000 y, del mismo autor, “El contrato de trabajo en el sector público ante la anulación del procedimiento de selección”, en AA.VV.; *Las relaciones laborales en las administraciones públicas*, tomo I, págs. 761 a 783, en estas páginas, el autor propone la inserción en el contrato de trabajo con una Administración Pública de una cláusula en la que de forma expresa se señale que la anulación del procedimiento de selección actuará a efectos del contrato, como condición resolutoria.



la declaración de nulidad, concretamente, los relativos a la retribución, son reconocidos por el ordenamiento. El art. 9.2 ET especifica para los contratos de trabajo el reconocimiento de efectos salariales en los supuestos de nulidad. Ello significa que la declaración anulatoria del proceso selectivo “producirá efectos *ex nunc* sobre el contrato afectado al haberse consumado ya, tanto el trabajo, como la retribución”<sup>104</sup>. Fuera de ello, el trabajador no tendrá derecho a otras indemnizaciones sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial de la Administración que de ser declarada sí traería consigo otras responsabilidades resarcitorias<sup>105</sup>.

Las anteriores consideraciones resultan jurídicamente irreprochables y coherentes con la teoría de los actos separables. Sólo cabría oponer una objeción, si bien ésta no se opone, ni a la interpretación, ni a la aplicación de la doctrina jurídica contenida en el voto particular, que se entiende la más correcta. Se trata de una consideración relativa a los efectos que la misma provocaría, que es la situación de indefensión del trabajador afectado por la declaración de nulidad de su contrato<sup>106</sup>. Ello resulta tanto más llamativo, si se tiene presente que la Administración contratante, que es la responsable en última instancia del correcto perfeccionamiento de la fase administrativa previa a la realización del contrato, no soportará las consecuencias de las irregularidades habidas en el proceso de selección. Queda por ver si la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración, única que tendrá el trabajador para poder resarcirse del daño causado, resulta el cauce más efectivo a estos efectos<sup>107</sup>.

---

<sup>104</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.; “Validez del contrato” en AA.VV.: *Comentario a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, (Borrajó Dacruz, dir.), Edersa, 1985, pág. 46 y ss.

<sup>105</sup> GUTIERREZ SOLAR-CALVO, B.; “Repercusiones de la declaración de nulidad del concurso para la provisión de plazas laborales en la Administración Pública en la contratación celebrada a su amparo (comentario a la STS 4ª, de 10 de marzo de 1999)”, en *Relaciones Laborales*, I/1999, pág. 96.

<sup>106</sup> En el mismo sentido, QUINTANA LÓPEZ, T. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.; “Efectos de la anulación de los actos separables sobre la contratación laboral de las administraciones públicas”; *Aranzadi Social*, vol. VI, 2001, pág. 104.

<sup>107</sup> Y en este sentido la doctrina contenida en el fallo de la sentencia resulta más garante con

#### **4. DIFERENTES FORMAS DE PRESTACIÓN TEMPORAL DE SERVICIOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.**

##### **4.1. Los procesos de funcionarización y de estabilización del personal: La permanencia de unas medidas excepcionales.**

Vistos los caminos por los que ha transcurrido el modelo de empleo público con posterioridad a la entrada en vigor de la LMRFP, resulta explicable la profundización en la dicotomía funcionario-laboral que se ha instalado en las administraciones públicas. Ello ha planteado un debate, todavía inconcluso, relativo al espacio concreto que debe ocupar la contratación laboral dentro del contexto del empleo público. A este particular se ha hecho referencia en el epígrafe anterior pero, en estrecha conexión con él se sitúa otra cuestión importante como es la relativa a *los procesos de funcionarización*.

Es sabido que la aprobación de la Ley 23/1988, de 28 de julio, de reforma de la LMRFP, supuso un importante correctivo a la apertura excesiva de los puestos de trabajo de la Administración a la contratación laboral, en seguimiento de la indicada STC 99/1987. Desde aquel momento, en el artículo 15.1 c) de la norma se encontrará un listado que en apariencia configura un número cerrado de supuestos en los que será posible la presencia de personal laboral en las dependencias públicas. No obstante, en aquellos momentos ya había personal laboral ocupando puestos que, tras la reforma de la Ley, no estarán entre los contemplados como susceptibles de ser desempeñados por personal laboral<sup>108</sup>. Esta es la raíz de la

---

los derechos del trabajador al garantizarle una indemnización automática sin necesidad de probar en daño y en un proceso de despido que resulta bastante más ágil. En cambio, la propuesta del Voto Particular exige que el trabajador reclame una indemnización y pruebe el daño, por otra parte, al sustanciarse ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa se le complicarían todavía más las cosas al trabajador. Un ejemplo de las consecuencias resarcitorias, aunque tardías, de esta vía de responsabilidad, puede verse en la STSJ Madrid de 22 de marzo de 2004, (nº rec. 1410/2001).

<sup>108</sup> Bien ejemplificativas de las complicaciones que trajo consigo desde el punto de vista de las

apertura de un proceso de funcionarización, cuyo desarrollo ha planteado abundantes problemas que en la actualidad no han quedado resueltos<sup>109</sup>. Ciertamente, dicho proceso no es hoy, ni lo fue en su momento, una novedad en nuestro sistema pues ya había habido ensayos de soluciones semejantes con anterioridad. En todo caso, como acertadamente se ha destacado<sup>110</sup>, todos estos procesos, a pesar de que pueden ser distintos en cada momento los elementos que coyunturalmente precipitan la adopción de las medidas concretas, ponen en evidencia una deficiente planificación de los recursos humanos y vienen a confirmar la existencia de una política errática que a la postre obligará a continuos ajustes.

Y es que, puesto que no cabe el recurso a la contratación laboral para cubrir plazas que sean destinadas a funcionarios, ni siquiera aunque se trate de una cobertura temporal, se hará preciso acomodar al personal que, en virtud de un contrato de trabajo, hasta el momento venía prestando servicios para la administración en aquellas plazas y, al mismo tiempo, articular todo un proceso de *reconversión* de puestos de trabajo<sup>111</sup>. Hay que tener en cuenta, además, las dificultades que trae consigo la coexistencia en una misma organización de colectivos que, ocupando puestos de trabajo homogéneos, se encuentran sometidos a un régimen jurídico diferenciado. Esto significará que en los aspectos relativos a la regulación de la jornada, la concesión de permisos, la estructura de las retribuciones...etcétera, encontrarán, cuando menos, cauces diferenciados y cuando

---

diferentes clases de personal, la organización de la función pública de las diferentes autonomías son las referencias que efectúa PÉREZ MARTÍNEZ, V.; "El personal laboral al servicio de la Administración y la laboralización de la Función Pública", en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 234, 1987, págs. 270 y ss.

<sup>109</sup> Vid. las referencias efectuadas a la Disposición Transitoria Decimoquinta que incorporó a la Ley 30/1984 el artículo segundo de la Ley 23/1988 en el epígrafe del Capítulo I, sobre los procesos de funcionarización como consecuencia de la laboralización.

<sup>110</sup> OLMEDO GAYA, A. y ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, P.; "El concepto de funcionario público..op. cit. pág. 161 y ss.

<sup>111</sup> Según la expresión empleada por OLMEDO GAYA, A. y ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, P.; "El concepto de funcionario público. Clases de personal al servicio del sector público", en AAVV. *Lecciones de Función Pública*, (F. CASTILLO BLANCO, dir.), CEMCI, 2003, pág. 160.

más, abiertamente, contenidos diferenciados. Todo sumado dificultaba la gestión razonable de los medios humanos de los que las organizaciones disponían y además transmitía una difusa sensación de caos que acababa calando sobre un personal crecientemente desmotivado en el seno de una organización fragmentada.

Pero, además del contexto descrito que justificaba la adopción de medidas, era necesario que para la efectiva puesta en marcha de dichos ajustes, se otorgara el tratamiento correcto a determinadas situaciones preexistentes. A esta cuestión se hizo una breve referencia al tratar los aspectos destacados de la entrada en vigor de la LMRFP en el Capítulo I. En concreto, se entendía la situación de quiénes, al amparo la normativa vigente en su momento, accedieron a un determinado puesto de trabajo en régimen laboral y que una vez operada la reforma por virtud de la Ley 23/1988, se enfrentaban a un cambio legislativo que afectaba a sus expectativas de promoción<sup>112</sup>. A ello era preciso responder con una solución adecuada.

La Disposición Transitoria Decimoquinta de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública fue añadida por la Ley 23/1988, de 23 de julio en previsión de la situación antedicha, y con ella se inicia, como mencionaba al principio, “un importante proceso de funcionarización articulado a través de una extensa normativa” en el ámbito de la Administración General del Estado, el cual tendrá un valor supletorio y en algunos casos meramente orientativo, para el resto de las administraciones públicas”<sup>113</sup>. El primer apartado de la disposición se orienta a garantizar la estabilidad y la protección de las expectativas del personal laboral que ocupaba legítimamente puestos de trabajo que ya no podían ser desempeñados por personal laboral. En el segundo apartado se establece el régimen jurídico de un proceso de funcionarización del personal laboral fijo que cumpla unas determinadas

---

<sup>112</sup> Tal como ha reconocido la STS de 4 de febrero de 1992 (RJ.907), el apartado primero de la DT 15ª de la LMRFP otorga una garantía al personal laboral afectado por el artículo 15 de la misma Ley que no se extiende sólo a la conservación del puesto de trabajo desempeñado, sino también al mantenimiento de las expectativas de promoción profesional.

<sup>113</sup> OLMEDO GAYA, A. y ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, P.; op. cit. pág. 163.

condiciones. En el referido proceso deben valorarse como mérito los servicios prestados por el personal laboral fijo, en su condición de tal, y las pruebas selectivas superadas para acceder a la Administración. Todo ello a efectos de su posible participación en las pruebas selectivas de acceso a los Cuerpos y Escalas a los que figuren adscritos los correspondientes puestos<sup>114</sup>.

Sin embargo, el principal obstáculo al que se enfrentaron desde el inicio las citadas medidas fue la existencia de dudas sobre si era posible la instauración de un turno reservado al personal laboral fijo que formaba parte del colectivo funcionarizable sin que ello resultara contrario a los principios constitucionales aplicables al acceso al empleo público. En una armónica interpretación de los diversos principios en liza, el Tribunal Constitucional ha desarrollado una intensa e importante labor haciendo referencia en su jurisprudencia a lo que ha calificado como “finalidad constitucionalmente legítima”<sup>115</sup>, pero, ciertamente, todo lo que implique una excepción a la regla general relativa a la selección de servidores públicos que se encuentra contenida en el artículo 19.1 de la Ley 30/1984, debe ser objeto de una escrupulosa atención<sup>116</sup>.

Los servicios prestados a una Administración sólo muy excepcionalmente pueden justificar pruebas de acceso no abiertas a todos los ciudadanos, de hecho, la práctica de pruebas restringidas se considera, con carácter general, no compatible

---

<sup>114</sup> Vid. RODRÍGUEZ RAMOS, M<sup>a</sup> J.; “La funcionarización del personal laboral al servicio de las administraciones públicas: La constitucionalidad de la medida y la limitación de sujetos” en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las administraciones públicas*, vol. I, 2001, págs. 788 a 821. Especialmente, puede verse el estudio de las medidas en el ámbito autonómico, pág. 801 y ss.

<sup>115</sup> STC 185/1994 de 20 de junio.

<sup>116</sup> Por ejemplo, para GARRIDO FALLA, F.; en AA.VV. *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1980, en su comentario al artículo 103 en las páginas 1038 a 1048; el mérito y la capacidad como principios determinantes del acceso a la función pública representan la superación de nuestras decimonónicas cesantías y en su opinión se hallan garantizados a través del sistema de oposiciones como fórmula destinada a medir el mérito y capacidad. Pero, sin perjuicio de las bondades de dicho sistema “como uno de los elementos básicos de la profesionalización de la Administración y de la democratización de la función pública”, el mismo autor admite la posibilidad de “excepciones a la regla” en atención a situaciones determinadas como el “conocido problema de los interinos de veinte o treinta años de servicio.

con la Constitución (SSTC 67/1989<sup>117</sup> y 27/1991 de 14 de febrero)<sup>118</sup>. No obstante, el Tribunal ha admitido la posibilidad de que se pueda restringir la libertad de acceso de los ciudadanos a las funciones públicas pero sólo, como decíamos, por muy excepcionales razones objetivas. En este sentido, la diferencia de trato que, en cuestión de acceso a la administración, se contiene en la citada Disposición Transitoria Decimoquinta de la Ley 30/1984 podrá considerarse razonable si “se demuestra como un medio excepcional y adecuado para resolver una situación también excepcional, expresamente prevista en una norma con rango de Ley y con el objeto de alcanzar una finalidad constitucionalmente legítima”<sup>119</sup>.

En la reciente STC 38/2004, de 11 de marzo, y con apoyo en su propia doctrina constitucional<sup>120</sup>, el Tribunal recuerda que el art. 19.1 LMRFP define como básico el rechazo de los llamados turnos u oposiciones restringidas que, como regla general, no pueden ser utilizados por las administraciones públicas autonómicas para la solución de su personal funcionarial o laboral; pero es cierto que la propia Ley que fija las bases determina algunas excepciones a la norma general. Entre ellas, también se encuentra la DTª Sexta, apartado 4, que permite a los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas convocar, satisfaciendo determinados requisitos, pruebas específicas de acceso para los contratados administrativos hasta cierta fecha.

Con el transcurso del tiempo, lo que se pone de manifiesto<sup>121</sup> en cualquier caso,

<sup>117</sup> Sobre esta STC 67/1989, de 18 de abril, puede verse el comentario que sobre la misma efectúa, GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E.; “Consideraciones en torno al derecho de igualdad en el acceso a la función pública”, *Revista de Administración Pública*, nº 121, 1990, págs. 247-257.

<sup>118</sup> El acceso a la función pública supone una limitación fundamental a la práctica de las “pruebas restringidas”, vid. PULIDO QUECEDO, M.; *El acceso a los cargos y funciones públicas. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Cívitas, 1992, pág. 411.

<sup>119</sup> ENDEMAÑO ARÓSTEGUI, J. M.; “La funcionarización del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* nº 283, 2000, pág. 369.

<sup>120</sup> SSTC 151/1992, de 19 de octubre, 4/1993, de 14 de enero y 302/1993, de 21 de octubre.

<sup>121</sup> Acerca de la permanencia de estos procesos que surgieron en un principio como medidas

En fechas recientes se ha aprobado, como es sabido, un Acuerdo entre la Administración y los Sindicatos para el periodo 2003-2004 que cuenta entre sus objetivos el de la consecución de la estabilidad en el empleo a través del establecimiento de una serie de medidas como las relativas a la finalización de los procesos de consolidación<sup>126</sup>. Como se advertía más arriba, debe tenerse en cuenta que dentro de lo que en el Acuerdo se denominan procesos de consolidación, hay mecanismos específicamente encaminados a facilitar la estabilidad del personal vinculado mediante contratación temporal<sup>127</sup>, pero también múltiples referencias a lo que son, abiertamente, posibilidades de funcionarización<sup>128</sup>.

En el Capítulo XIII del mencionado Acuerdo, se puede ver una muestra de este

---

trasvase de personal laboral al funcionarial.

<sup>126</sup> En este acuerdo confían las centrales sindicales para que sea un instrumento efectivo de reducción de la temporalidad dentro de un contexto en el que la precariedad alcanza unas cotas elevadas. Vid. *Informe del Defensor del Pueblo* remitido al Congreso de los Diputados, 11 de noviembre de 2003. Así, el Título IV del Acuerdo contiene las medidas acordadas para favorecer la estabilidad en el empleo público.

<sup>127</sup> El Capítulo XI, bajo el título “consolidación”, establece que durante el periodo de vigencia del Acuerdo, la Administración se compromete a adoptar las medidas necesarias para la consolidación definitiva del empleo temporal de naturaleza estructural anterior a 2 de diciembre de 1998, de manera que al final de dicho periodo se hayan convocado todos los procesos de consolidación que en los ámbitos de negociación correspondientes se entiendan necesarios para la consecución de ese fin.

<sup>128</sup> El Sindicato CGT, *Boletín Informativo* nº 79 de diciembre de 2002 valoraba negativamente el contenido de lo pactado (téngase en cuenta que este sindicato no ha tomado parte en la negociación) y en lo referente a las medidas acerca de estabilidad del personal, hace mención de los problemas que han traído consigo los procesos de consolidación del empleo temporal tradicionalmente, a ello nos hemos referido en estas líneas. En mi opinión, la crítica con mayor fundamento reside en la denuncia del incremento de la precariedad que paradójicamente puede traer consigo la llamada que expresamente se realiza a la externalización de servicios en el Capítulo XII dedicado a la estabilidad en el empleo y el control de la temporalidad. En concreto se establece que con el objeto de optimizar el uso de los recursos existentes en el ámbito de la Administración General del Estado, se dictarán instrucciones que señalen en qué circunstancias y con qué criterios podrá acudir a agentes externos para la realización de servicios. Habrá que ver el papel limitador que podrá desempeñar el último párrafo del presente artículo que establece la regla general según la cual, las funciones que constituyan el núcleo de actividad de la Administración General del Estado se realizarán de manera exclusiva por el personal a su servicio, de manera que sólo las funciones ajenas al mismo podrán ser desempeñadas a través de agentes externos. El texto del Acuerdo invoca la eficacia y la eficiencia como principios informadores del desempeño de estas funciones.

tipo de actuaciones que abarcan diversos frentes. Así, si el trabajador tiene la condición de indefinido adquirida con anterioridad a la STS de 7 de octubre de 1996, en que se introdujo la diferencia entre fijo e indefinido, será considerado como personal laboral fijo<sup>129</sup>, pero, por otra parte, con ocasión del establecimiento de medidas encaminadas a la consolidación de los puestos del personal que ha sido declarado indefinido no fijo por sentencia dictada a partir del 7 de octubre de 1996 y cuya relación laboral temporal con la Administración fuera anterior a 2 de diciembre de 1998, expresamente se prevé que si se tratase de personal que estuviera desempeñando *funciones equivalentes* a las de Cuerpos y Escalas de personal funcionario, el puesto que vinieran ocupando será transformado en un puesto de carácter funcionarial. Puede verse cómo en un contexto de estabilización, de consolidación de personal, aparecen intercaladas previsiones específicamente dirigidas a la funcionarización<sup>130</sup>.

Aún es pronto para saber cómo se articulan en la práctica estas previsiones, cómo se desarrollan en el tiempo y cómo resultan valorados después desde el punto de vista de su efectividad. Mientras tanto, la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2004,<sup>131</sup> al regular la Oferta de Empleo Público para el año 2004, amén de establecer como en el año anterior, que el número de plazas de nuevo ingreso será como máximo igual al 100% de la tasa de reposición de efectivos, entiende incluidos dentro de la Oferta todos los puestos y plazas desempeñados por personal temporal, ya se trate de funcionarios interinos o de contratados laborales en

---

<sup>129</sup> Este es el personal que ostenta la condición de indefinido por sentencia con efectos anteriores a 7 de octubre de 1996 o aquel que, en virtud de las previsiones de un Plan de Empleo aprobado con anterioridad a dicha fecha se le haya extendido pronunciamientos judiciales que determinen tal condición y así haya sido recogida en las correspondientes hojas de servicio. Éstos tendrán la consideración de personal fijo, a los efectos del Convenio Colectivo que les sea de aplicación.

<sup>130</sup> Un comentario sobre las consideraciones introducidas en el Acuerdo Administración Sindicatos 2003-2004 en atención a la jurisprudencia de unificación puede verse en. MOLERO MARAÑÓN, M<sup>a</sup>. L.; "La consolidación de una nueva categoría contractual en el ámbito de la Administración Pública: el contrato temporalmente indefinido", *Relaciones Laborales* nº 1, 2004, pág. 19.

<sup>131</sup> Ley 61/2003, de 30 de diciembre, (BOE del 31)



interinidad, salvo que exista una reserva de puesto o que estén incursos en procesos de provisión. El hecho es que se pretende en efecto la cobertura estable de los puestos de trabajo en el empleo público.

En idéntico sentido, durante el año 2004 se establece que no se procederá a la contratación de personal temporal, ni al nombramiento de interinos, salvo en casos excepcionales, y que, en todo caso, dichos nombramientos computarán a efectos de cumplir el límite máximo de la tasa de reposición de efectivos. Con estas medidas se observa el esfuerzo por adaptar coherentemente con lo pactado con los Sindicatos en el Acuerdo, la política de empleo anual de la Administración.

En todo caso, ello permite contemplar con cierto optimismo el futuro inmediato en esta materia que parece encaminarse hacia fórmulas que, si bien no terminan definitivamente con estos procesos, al menos los encauzan como mecanismos de gestión de los recursos o como medidas de adaptación del personal. De este modo, lo que comenzó siendo un proceso excepcional se ha proyectado en el tiempo para acabar convirtiéndose en un proceso continuo que es necesario regular<sup>132</sup>. No se debe olvidar que en el momento actual, existe un mecanismo de funcionarización que se abrió con la aprobación de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, que añadiendo un párrafo nuevo al artículo 22 de la Ley 30/1984, establecía un procedimiento de este tipo si bien en esta ocasión con un propósito de permanencia en el tiempo. Posiblemente ello responde a una voluntad de contar con determinados resortes de racionalización del personal que en cualquier momento podrían resultar necesarios<sup>133</sup>. Así pues, a propuesta del Ministro de Administraciones Públicas, el

---

<sup>132</sup> Interesantes y útiles son las reflexiones de RODRÍGUEZ RAMOS, M<sup>a</sup> J.; op. cit. pág. 821, que se refiere al problema del “círculo vicioso de la funcionarización” y apuesta por que “estos procesos se utilicen más como una forma de reorganización del personal al servicio de las administraciones públicas con carácter permanente”. Ello abriría un campo interesante para su aplicación que podría canalizarse a través de los planes de empleo.

<sup>133</sup> También CORDERO SAAVEDRA, L.; *Régimen de trabajo en las administraciones públicas*, Laborum, 2003, pág. 97, hace especial mención a este nuevo párrafo del artículo 22 de la LMRFP, como indicativo de una “acusada interconexión entre funcionarios y laborales que viene produciéndose en las administraciones públicas”.

Gobierno podrá determinar los Cuerpos y Escalas de funcionarios a los que podrá acceder el personal laboral de los grupos y categorías profesionales equivalentes al grupo de titulación correspondiente al Cuerpo o Escala al que se pretenda acceder, siempre que desempeñen funciones sustancialmente coincidentes o análogas en su contenido profesional y en su nivel técnico, se deriven ventajas para la gestión de los servicios, se encuentren en posesión de la titulación académica requerida y superen las correspondientes pruebas<sup>134</sup>.

#### 4.2. Las “ventajas” de recurrir a la contratación administrativa.

Hasta no hace mucho tiempo, las administraciones públicas podían celebrar contratos administrativos<sup>135</sup> con personas físicas para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales. La evolución de esta figura en nuestra legislación es expresiva de los problemas que la utilización de esta modalidad ha ido planteando. Se trata de supuestos conflictivos cuya resolución ha provocado dudas doctrinales y jurisprudenciales, y muchos de ellos se han dado como consecuencia del empleo en ocasiones abusivo que de dicha contratación se ha producido.

Los contratos sujetos a la normativa de derecho público han presentado desde antiguo complicaciones a la hora de proceder a su delimitación con respecto a otras formas de regulación de las prestaciones personales de servicios<sup>136</sup>. Aún en la

---

<sup>134</sup> Párrafo 2 del artículo 22 de la Ley 30/1984, añadido por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre

<sup>135</sup> El que las Administraciones Públicas, como las demás personas físicas o jurídicas puedan celebrar contratos privados no ha dejado de encontrar resistencias que se reflejan en la doctrina administrativa. Acerca de la evolución legislativa y doctrinal de los criterios diferenciadores entre contratos administrativos y privados, puede verse: GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F.; “Contratos administrativos y privados tras la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, en *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 95, 1997, págs. 385 a 403.

<sup>136</sup> Por su interés, hacemos referencia a las distinciones basadas en la teoría de la causa para la que el interés público se incorpora y es causa de los actos de la Administración en la fase de formación del contrato, vid. SOLAS RAFECAS, J.M. de; *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*, Madrid, 1990, pág. 23 y ss.; SERRANO MARTÍNEZ, J.E.; “En torno a STS Y STCT sobre la prestación de servicios por profesores de Colegios Universitarios” en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 1, 1980, págs. 106 y ss.

actualidad, como veremos, el grueso de los problemas se plantea con ocasión de la delimitación de fronteras entre una modalidad u otra pues la distinción es difícil y en ocasiones puede llegar a ser polémica. El deslinde entre una prestación de servicios aparentemente realizada por cuenta propia, y una verdadera relación de dependencia y ajenidad, se convierte en una ardua tarea que se verá complicada por el hecho de la importancia que han ido adquiriendo estas contrataciones desde el punto de vista cuantitativo<sup>137</sup>. De hecho, si en el momento actual hacemos referencia a esta clase de contratación administrativa es porque las organizaciones públicas, dada la posición más ventajosa que la norma administrativa les confiere, los han convertido en elementos nada desdeñables de flexibilidad<sup>138</sup> y se han producido contrataciones que a la postre amparaban la existencia de “falsos autónomos” en la Administración pública<sup>139</sup>.

La proximidad cierta del contenido de uno y otro contrato hace posible que la Administración pueda utilizar ambas categorías prácticamente sin dificultad<sup>140</sup>. Ello hace notable la confusión existente entre el contrato administrativo y el contrato laboral cuando se trata de prestar servicios para instituciones públicas.

---

<sup>137</sup> OJEDA AVILÉS, A.; “El empleo temporal en las Administraciones Públicas. (Una perspectiva unitaria)”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 56, 1987, pág. 489 y 490.

<sup>138</sup> En realidad esta contratación representa la introducción de las dosis necesarias de flexibilidad que permiten el reclutamiento de personal para la prestación de determinados servicios con mucha más agilidad de la permitiría la selección de funcionarios, al tiempo que la Administración conserva sus atributos de poder público. GONZÁLEZ-HABA GUIADO, V.M.; “Los problemas del personal no funcionario” en *Revista Española de Administración Local y Autonómica*, nº 225, 1985. También GRAU MORANCHO, R.; en *Laboralización Administraciones Públicas*, 1998, pág. 17, con cita de SÁNCHEZ MORÓN, M.; ha hecho referencia a esta realidad más ventajosa que la contratación administrativa presenta desde el punto de vista de la administración como una de las causas que explican el aumento del número de contratos administrativos celebrados para la realización de trabajos específicos y las distorsiones que están generando.

<sup>139</sup> Empleando la expresión que, con agudeza, ha empleado, PARDELL VEÁ, A.; “Falsos autónomos en la Administración Pública”, en *Revista de Derecho Social* nº 165, nº 13, 2001.

<sup>140</sup> GODINO REYES, M.; *El contrato de trabajo en la Administración Pública*, 1996, pág. 116. Este autor advirtió en su momento de cómo el uso combinado de los razonamientos diversos que entonces se hacían por la jurisprudencia conducía a que, en realidad, la calificación del contrato quede absolutamente en manos de la Administración.

Materialmente puede ser que una relación sea laboral, pero una vez suscrito un contrato administrativo, siguiendo las pautas establecidas en la ley, la naturaleza del mismo será administrativa y la competencia jurisdiccional sería la del orden contencioso administrativo. Hoy, sin embargo, puede decirse que, ante determinados supuestos<sup>141</sup>, los tribunales han “levantado el velo” de la relación jurídica y, a pesar de la cobertura formal que proporcionaba la existencia de un contrato administrativo, han declarado la laboralidad de la relación<sup>142</sup>.

Antes de continuar con el estudio del papel que esta forma de contratación administrativa ha venido desempeñando dentro del abanico de posibilidades con que cuenta la Administración en orden al reclutamiento del personal, es preciso hacer alguna referencia al itinerario normativo que dicha figura ha experimentado en los últimos tiempos. Ello además permitirá entender el sentido que su existencia proyecta en el contorno global del empleo público y la razón de ser de las reformas normativas que han operado sobre ella.

La Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 7 febrero de 1964, que como se vio, supuso la convalidación legal expresa de la dualidad de regímenes, también fue la introductora de esta clase de contratación en su artículo 6 en el que aparece prevista dicha posibilidad<sup>143</sup>. Con posterioridad, en la LMRFP se incluía una

---

<sup>141</sup> GARCÍA PIQUERAS, M.; “El contrato para la prestación de servicios a los entes públicos en régimen de Derecho Administrativo”, *Relaciones Laborales*, nº 11, 1996, afirma, pág 10, que es bien conocida la experiencia de la contratación administrativa. “La Administración no sólo usó, sino que claramente abusó, de este tipo de contratos”, al amparo de una Jurisprudencia “poco ceñida al espíritu de la Ley” proliferaron estos contratos sobre todo en sectores como los de la enseñanza y la sanidad, creando situaciones de conflicto y un sentimiento de fuerte inseguridad.

<sup>142</sup> Véase, por ejemplo, la STSJ de Madrid de 18 de mayo de 2001 JUR 2001\199651. Comentada en *Justicia Laboral* nº 9/2002, pág. 87.

<sup>143</sup> En este artículo 6 se establecía la posibilidad de recurrir a la contratación de personal en dos supuestos. Por una parte, para la realización de trabajos específicos, concretos y de carácter extraordinario o de urgencia y por otra, para la colaboración temporal en las respectivas dependencias, cuando por exigencias y circunstancias especiales no puedan ser desempeñadas adecuadamente por funcionarios de carrera. En desarrollo de este artículo 6 se aprobó un Decreto 1742/1966, de 30 de junio que contiene la regulación reglamentaria de estos dos tipos de contratos administrativos. Regulación de la que se puede destacar la escasa delimitación que se realiza entre los trabajos que puede realizar este personal contratado administrativamente y las funciones

Disposición Adicional 4ª que prohibía la celebración de contratos administrativos de colaboración temporal, éstos sólo subsistirían en el marco de la enseñanza universitaria, respecto de los profesores asociados, visitantes y ayudantes, según la Disposición Adicional Vigésima<sup>144</sup>. Con dicha regulación se pretendía, por un lado, poner límites a la contratación administrativa pues al amparo de la anterior normativa, había experimentado un conflictivo incremento. Por otro lado, con la LMRFP se quiso introducir el contrato de trabajo como la figura jurídica adecuada en la contratación de personal para la realización de ciertas tareas o la prestación de servicios. Andando el tiempo, en el reformado artículo 15 de dicha ley se afirmaría que, con carácter general, los puestos de trabajo de las administraciones públicas habían de ser desempeñados por funcionarios, pero la referencia a la posibilidad de que el personal laboral ocupe determinados puestos de trabajo, aseguraba la subsistencia de la contratación laboral en el futuro<sup>145</sup> que desde entonces pasará a situarse en un lugar paralelo al que hasta ahora ocupaba el contrato administrativo.

Así pues, la contratación administrativa realmente no había desaparecido pese a la aparente rotundidad con la que se expresó el legislador. Excepcionalmente, el apartado segundo de la D.A. 4ª permitía la celebración de contratos administrativos con personas físicas para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales<sup>146</sup>, y esta disposición excepcional acabaría convirtiéndose en una espita

---

reservadas a los funcionarios.

<sup>144</sup> La Ley Orgánica de Universidades (LO 6/2001, de 21 de diciembre, LOU) ha introducido novedades trascendentales en el régimen jurídico del personal docentes e investigador contratado. Vid. a este respecto; AGUILERA IZQUIERDO, R.; “El régimen jurídico del personal docente e investigador contratado por las universidades públicas de Madrid”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 118, 2003, págs. 563 a 581. También, ALVAREZ DE LA ROSA, M.; “Comentarios al Título IX de la Ley 6/2001 sobre régimen laboral del profesorado”, *Revista electrónica Iustel*, nº 1.

<sup>145</sup> Además, para el momento en el que llega la reforma del artículo 15 de la LMRFP con la Ley 23/1988, ya se había producido un importante efecto laboralizador de los puestos de trabajo en las Administraciones Públicas.

<sup>146</sup> Que se verán sometidos a la legislación de contratos del Estado, sin perjuicio, en su caso, de la aplicación de la normativa civil o mercantil. Así, la disposición se limita a remitir la regulación de los mismos a la legislación de contratos del Estado pero no reconoce de forma expresa su naturaleza administrativa. El carácter administrativo de estos contratos no ha sido declarado por una ley sino que se desarrollarán ulteriormente por el RD 1465/1985, de 17 de julio y 2357/1985,

abierta por la que las organizaciones públicas continuaron recurriendo en igual medida a la contratación administrativa como fórmula de reclutamiento de personal<sup>147</sup>. De este modo, la polémica en torno a la delimitación del contrato administrativo para la prestación de determinados servicios frente al contrato de trabajo estaba servida.

Dado lo impreciso de la zona delimitadora de las fronteras entre lo laboral y lo administrativo cuando la celebración de los contratos se produce en una Administración Pública, la doctrina jurisprudencial señaló como criterio diferenciador el ámbito normativo regulador y el contenido del servicio prestado. De este modo, si las partes se acogen al bloque jurídico propio del contrato administrativo se destruye la presunción de laboralidad establecida en el artículo 8.1 ET<sup>148</sup>. Con ello se presupone que no existe una diferencia importante entre uno u otro contrato sino que se trata de dos técnicas de organización que conllevan a su vez diferentes efectos jurídicos.

Había existido, no obstante, un primer enfoque jurisprudencial de la cuestión que acentuaba sobre todo el requisito voluntarista<sup>149</sup> de adscripción a un bloque

---

de 20 de noviembre, de aplicación a la contratación de las Administraciones Locales. Acerca de la complejidad normativa que se plantea sobre la cuestión del desarrollo de la D.A., puede verse: MENÉNDEZ SEBASTIÁN, M<sup>a</sup> P.; “Los contratos Administrativos para trabajos específicos: Naturaleza, régimen jurídico y delimitación respecto de los contratos laborales para obra o servicio determinado”, en *Temas Laborales*, nº 41, 1997, págs. 15 a 54.

<sup>147</sup> Esta circunstancia, sumada a la previsión de la posibilidad de celebración de contratos de trabajo para la realización de tareas no permanentes a través de las modalidades de contratación laboral temporal, (vid. art.19 LMRFP), tendrá un efecto potenciador de la presencia de personal eventual en la Administración Pública, ahora por una u otra vía. A este respecto, puede verse GARCÍA PIQUERAS, M.; “El contrato para la prestación de servicios a los entes públicos en régimen de Derecho Administrativo”, *Relaciones Laborales*, nº 11, 1996, que, reflexionando sobre la funcionalidad del contrato administrativo como mecanismo de cobertura de las necesidades que pudieran surgir en el servicio desempeñado por los funcionarios públicos, considera que la Administración no podía prescindir de las posibilidades que le brindaba esta forma de contratación incluso aunque ahora hubiera aparecido la figura del contratado laboral para la cobertura de tareas esporádicas.

<sup>148</sup> Vid. SSTs de 8 de junio de 1990 (RJ. 5042) y de 10 de diciembre de 1991 (RJ. 9054), de 22 de junio de 1988 (RJ. 6030) y de 2 de febrero de 1998 (RJ. 1248).

<sup>149</sup> La STS de 18 de diciembre de 1982 (RJ. 7845), destaca cómo la denominación y la

normativo determinado. Sólo más adelante se introducirá el elemento de la legalidad, según el cual, la diferencia entre el contrato regulado por el derecho administrativo y el contrato regulado por la normativa laboral es una distinción difícil que se cifra en la existencia de una normativa con rango de Ley que permite la adscripción al área administrativa y así se determina la naturaleza administrativa de los contratos suscritos a su amparo. Con todo, lo más destacable es el hecho de que la existencia de un contrato administrativo no impide a los órganos del orden jurisdiccional social la comprobación para determinar si el contrato aparentemente administrativo encubre una relación laboral<sup>150</sup>.

Y es esta doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo la que finalmente concluiría que la verdadera naturaleza jurídica que se desprende del contenido de las prestaciones concertadas es aquella que debe prevalecer con independencia de la denominación que le atribuyan las partes<sup>151</sup>. Así, la adscripción al ámbito administrativo o laboral dependerá, no de la voluntad de las partes, sino de la naturaleza “del juego de prestaciones y contraprestaciones que constituyen el objeto del contrato”<sup>152</sup>. De este modo, la línea interpretativa que se ha ido abriendo paso ha diferenciado entre lo que constituye “un producto delimitado de la actividad humana”, donde lo relevante pasa a ser un resultado y lo que constituye una

---

especificación de los recursos utilizables, pueden ser datos de especial relieve, y las STS de 24 de noviembre de 1986 (RJ. 6495), de 25 de mayo de 1987 (RJ. 3864), de 8 de julio de 1989 (RJ. 5439), de 30 de diciembre de 1989 (RJ. 9532), de 12 de marzo de 1990 (RJ. 2051), de 9 de abril de 1990 (RJ. 3430), de 10 de diciembre de 1991 (RJ. 9045), de 28 de febrero de 1992 (RJ. 1805) y de 20 de abril de 1992, (RJ. 2661) entendían que no es la naturaleza del trabajo lo que determina que un contrato sea laboral o administrativo, pues no existe ninguna diferencia esencial, sino el sometimiento al derecho laboral o administrativo, cediendo ante este último sometimiento la presunción de laboralidad del artículo 8 del ET, y las supuestas irregularidades en los contratos administrativos no los convierten en laborales, manteniéndose su carácter administrativo y la competencia del orden jurisdiccional contencioso administrativo para conocer de las pretensiones relativas a los mismos.

<sup>150</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.; “La voluntad de las partes en la calificación del contrato de trabajo”, *Relaciones Laborales*, II/1996, págs. 39 y ss.; PARDELL VEÁ, A., “Falsos autónomos en la Administración Pública” en *Revista de Derecho Social* nº 13, 2001, pág. 168.

<sup>151</sup> Vid. STS de 26 de octubre de 1992, (RJ. 7842).

<sup>152</sup> GARCÍA PIQUERAS, M.; “El contrato para la prestación de servicios a los entes públicos en régimen de Derecho Administrativo”, *Relaciones Laborales*, nº 11, 1996, pág. 23.

actividad en si misma independiente del resultado. Esta última clase de actividad será la propia de una relación laboral, en la que la nota de la habitualidad pasa a ser un elemento relevante<sup>153</sup>.

Posteriormente, la Ley 13/1995, de 18 de mayo de Contratos de las administraciones públicas, regulando a su vez estos mismos contratos, los agrupó siguiendo una lógica sistemática y estableció unos rasgos comunes a todos los contratos administrativos al tiempo que reservó un espacio determinado (Título IV, Libro II) para la regulación de los contratos administrativos nominados o típicos entre los que se encontraba el contrato para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales. La nueva Ley mantendrá vigentes los RRDD 1465/1985 y 2357/1985, este último de aplicación a las administraciones locales, en todo lo que no se opongan a su articulado y hasta tanto no sean aprobados nuevos reglamentos de desarrollo.

Andando el tiempo, aunque tampoco demasiado, en el año 1999, la Ley 53/1999, de 28 de diciembre modificó la LCAP<sup>154</sup>. Esta Ley suprimió, entre otras, la figura del contrato de trabajos específicos y concretos no habituales. En la Exposición de Motivos de la Ley se señala que la “colaboración con profesionales” supuesto que se pretendía cubrir con el contrato para trabajos específicos no habituales, “puede ser perfectamente articulada a través de los contratos de consultoría y asistencia”. Así pues, no es que el contrato para trabajos específicos no habituales haya desaparecido, sino que se ha integrado dentro del contrato de

---

<sup>153</sup> Además, la propia D.A. 4ª, en su párrafo 2º, hace referencia a la excepcionalidad de los supuestos en los que se contratará administrativamente así como al contenido de dichas contrataciones que deberá consistir en trabajos específicos y concretos no habituales.

<sup>154</sup> Con ello se cumplía el mandato contenido en la Ley 66/1997, de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social que obligaba al Gobierno a remitir al Congreso de los Diputados un proyecto de Ley de reforma de LCAP. Además, la reforma era necesaria para hacer efectiva la incorporación a nuestros textos legislativos de las modificaciones producidas en las normas comunitarias sobre contratos públicos (Directiva 92/50) básicamente en pos de “una mayor transparencia y concurrencia en la contratación administrativa”, vid. PARDELL VEÁ, A.; “Falsos autónomos en la Administración Pública”, *Revista de Derecho Social*, nº 13/2001, pág. 171.



asistencia, consultoría y servicios. Con ello, desaparecen los requisitos específicos para la celebración de los contratos para trabajos específicos, más rigurosos, y ahora será aplicable el régimen general de los contratos de servicios, más flexible. Aunque el legislador pretendiera con esto mejorar el panorama actual que, como estamos viendo, plantea dudas y dificultades en la práctica de la aplicación concreta de aquellos contratos debido a su definición negativa, lo cierto es que, en realidad, se ha producido una supresión de limitaciones para la celebración de estos contratos para trabajos específicos por lo que es seguro que continuaremos encontrando casos en los que al amparo o bajo la cobertura formal de contrataciones administrativas, existen auténticas relaciones laborales.

El Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos y contiene el que es hasta el momento el régimen jurídico regulador de la contratación administrativa. Según esta normativa vigente los contratos de consultoría y asistencia son aquellos, entre otros, que tengan por objeto:

“estudiar y elaborar informes, estudios, planes, anteproyectos, proyectos de carácter técnico, organizativo, económico o social, así como la dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras, instalaciones y de la implantación de sistemas organizativos, o llevar a cabo, en colaboración con la Administración y bajo su supervisión, prestaciones de investigación y estudios para la realización de cualquier trabajo técnico, asesoramiento para la gestión de bienes públicos y organización de servicios del mismo carácter; estudio y asistencia en la realización de proyectos, anteproyectos, modificación de unos y otros, dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras e instalaciones y de la implantación de sistemas organizativos; o para el desarrollo de actividades de formación del personal de las administraciones públicas.”

También se incluye una cláusula de cierre en la que se hace referencia a “cualesquiera otras prestaciones directa o indirectamente relacionadas con las

anteriores y en las que también predominen las de carácter intelectual, en particular los contratos que la Administración celebre con profesionales, en función de su titulación académica, así como los contratos para el desarrollo de actividades de formación del personal de las administraciones públicas”.

En los Contratos Administrativos de Consultoría y Asistencia, según el tenor literal de la norma (RD Leg. 2/200 de 16 de junio), aparece muy marcado el carácter intelectual de la prestación, pero el objeto de estos contratos puede ser, siempre dentro de aquella característica primera, muy variado. Como se ve, la referencia a los supuestos legales en los que es posible acudir a la celebración de estos contratos administrativos de consultoría y asistencia (arts. 196 y ss. de la ley) resulta a todas luces expresiva de la considerable amplitud de casos en los cuales el recurso a dicha figura resulta permisible. Si a este hecho le sumamos el dato de que también los supuestos de los contratos de servicio son muy amplios<sup>155</sup>, y que los contratados para este tipo de actividades pueden ser, tanto personas jurídicas, como también físicas, el resultado es la existencia de una normativa progresivamente flexible, conforme a la cual se permite optar por una modalidad de prestación de servicios cuyo régimen jurídico proporciona una mayor ventaja desde el punto de vista de la gestión, de las limitaciones presupuestarias, y de la jurisdicción competente.

Así, por ejemplo la inclusión de los profesionales contratados en función de su titulación académica como contratos de consultoría y asistencia no puede valorarse positivamente porque da lugar a confusiones con prestaciones de servicios que llevan a cabo los empleados públicos<sup>156</sup>. Los contratos que celebre la

---

<sup>155</sup> Los contratos de servicios son aquellos en los que su realización está vinculada a su contenido técnico, económico, industrial, comercial...etcétera siempre que no se encuentren comprendidos entre los de consultoría o asistencia o en algún otro de los regulados en la LCAP. También se incluyen bajo esta denominación aquellos trabajos (servicios) que resulten complementarios para el funcionamiento de la Administración, se trate de mantenimiento, conservación, limpieza y reparación de bienes, equipos e instalaciones; programas de ordenador desarrollados a medida de la Administración y que sean de libre utilización por la misma, la realización de encuestas, tomas de datos y otros servicios análogos.

<sup>156</sup> Desde luego es indudable la intención que se ha tenido de acabar con los conflictos surgidos

Administración con profesionales en función de su titulación deberían haberse restringido a aquellos servicios en los que predominen las prestaciones de carácter intelectual pero siempre que no supongan la realización de tareas propias de los empleados públicos<sup>157</sup>.

El elemento más relevante, sobre el cual recae el mayor énfasis en orden a su diferenciación del contrato de trabajo es que si se trata de contratos administrativos de esta clase concertados con personas físicas, éstas no pueden desarrollar un trabajo dependiente e inserto en la estructura organizativa de los entes públicos<sup>158</sup>. Este tipo de personas contratadas administrativamente no podrán ser catalogadas como personal propio de la Administración Pública, antes bien, debe tratarse de profesionales que prestan un servicio por cuenta propia.

Por ello, la diferenciación de estos contratos de otras formas de prestación de servicios, concretamente de la laboral, que ha sido compleja durante la vigencia del anterior régimen jurídico, seguramente continuará siéndolo con el nuevo, pues en lo sustancial no se halla ninguna variación relevante que indique la posibilidad de deslindar claramente una figura de la otra. Para confirmar esta aseveración no será preciso nada más que permanecer atentos a los numerosos pronunciamientos de los Tribunales. Y no hay que olvidar que la naturaleza administrativa del contrato abre

---

como consecuencia de la utilización fraudulenta de esta clase de contratos administrativos pero la regulación amplia y flexible de los contratos de consultoría y asistencia en los que ahora han quedado integrados también es susceptible de ser utilizada para dar una cobertura formal a relaciones laborales encubiertas. Vid. en este sentido: FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A.; "Funcionarios interinos y contratación laboral: ¿debe mantenerse el tradicional criterio de delimitación jurisdiccional?" en AA.VV., *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, Vol. I, XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTAS, 2001, pág. 729. Este autor apunta la posibilidad de que el criterio jurisprudencial labrado en torno a la figura desaparecida continúe siendo útil para enfrentarse a la utilización desviada de la contratación administrativa.

<sup>157</sup> MORENO MOLINA, J. A.; *Nuevo régimen de contratación administrativa, Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas tras el RDLeg. 2/2000 de 16 de junio*, La Ley, 2000, pág. 664.

<sup>158</sup> CORDERO SAAVEDRA, L.; *Régimen de trabajo en las Administraciones Públicas*, Laborum, 2003, pág. 140.

la aplicación de su normativa específica para cuyo conocimiento en los asuntos litigiosos resulta competente el orden contencioso administrativo. No obstante, ya se decía desde el inicio que la existencia de este tipo de contratos no impedirá que los órganos del orden jurisdiccional social comprueben si ese contrato aparentemente administrativo encubre una relación laboral<sup>159</sup>.

Por otra parte, dejando a un lado la cuestión de la competencia jurisdiccional que, según se ha visto, no representa un obstáculo cuando hay evidencia de laboralidad, pudiéndose incluso analizar las cuestiones prejudiciales de índole jurídico-administrativa<sup>160</sup>, con apoyo en todo un cuerpo de doctrina jurisprudencial consolidada a lo largo de los numerosos pronunciamientos del Tribunal Supremo en la materia se puede concluir lo siguiente: El artículo 1.3.a del ET excluye del régimen laboral las relaciones del personal de las administraciones públicas que se regulen por normas de derecho administrativo al amparo de una Ley. Dicha exclusión ofrece la posibilidad de romper la presunción de laboralidad de las relaciones de servicios personales para las administraciones públicas, pero la presunción recuperará su entera virtualidad cuando la contratación administrativa se haya efectuado con flagrante desviación del cauce legal previsto. Así ha sucedido en casos en los que el Tribunal ha entendido que, bajo la apariencia formal de la existencia de un contrato para trabajos específicos, no se ha podido identificar la sustantividad propia que se exige para este tipo de trabajos.

Es un hecho que se puede constatar<sup>161</sup>, la utilización desmesurada que las

---

<sup>159</sup> SSTs de 23 de octubre de 1986, (RJ. 885), de 13 de abril de 1989, (RJ. 2967), de 26 de octubre de 1992, (RJ7842), de 2 de febrero de 1994 (RJ. 782), y de 19 de febrero de 1998 (RJ. 1844).

<sup>160</sup> vid. PARDELL VEÁ, A.; "Falsos autónomos en la Administración Pública", *Revista de Derecho Social* nº 13/2001, pág. 168. Vid. también la referencia a la cuestión prejudicial que se efectuaba anteriormente en otro lugar de este capítulo (epígrafe 1.1.3) al detenerse sobre la delimitación de competencias entre los órdenes jurisdiccionales contencioso administrativo y laboral y las potestades organizativas de las administraciones públicas.

<sup>161</sup> Ver el Informe del Defensor del Pueblo de 11 de noviembre de 2003: *Funcionarios interinos y personal eventual: la provisionalidad y temporalidad en el empleo público*.

distintas administraciones han venido haciendo de estos contratos rebasando el marco, excepcional, que la Ley había dibujado para los mismos. Los motivos, como se decía, están en la gran flexibilidad que este tipo de contratos proporciona en cuanto a la gestión del personal. Los Tribunales han sido estrictos en la aplicación del marco legal y han declarado que es necesario que el contenido de la relación se ajuste plenamente al mismo para declarar válida una contratación administrativa. De modo que si no se trata de trabajos específicos y delimitados, resultará plenamente aplicable la presunción de laboralidad del art.8 ET y debe entenderse que en esta misma línea habrá que mantenerse en el futuro.

En todo caso, se da una circunstancia que, con ocasión del tratamiento del contrato administrativo, resulta interesante a los efectos de este trabajo y que se encuentra directamente relacionada con la “mixtura de regímenes jurídicos.” Como bien se ha señalado<sup>162</sup>, observando la dinámica del contrato administrativo, se puede constatar cómo “no todo es derecho público en el contrato administrativo” al igual que no todo es derecho privado en los contratos de tal naturaleza. Especialmente, en lo que se refiere al ámbito del empleo público, bien se puede decir que la contratación administrativa, tal como aparece regulada, representa un aporte de flexibilidad más propio del derecho privado y, paradójicamente, se encuentra enfrente al contrato de trabajo que por su parte, en el mismo contexto público ha recibido el contagio del ámbito en el que se desenvuelve y presenta unos contornos más rígidos<sup>163</sup>.

---

<sup>162</sup> Véase, con cita de JIMÉNEZ BLANCO, A.; *La actividad contractual de la Administración. Manual de Derecho Administrativo*, Ariel, Derecho, 1990, las referencias que efectúa GARCÍA PIQUERAS, M, en *Las fronteras del derecho del trabajo*, Comares, 1999, pág. 137.

<sup>163</sup> Bien ejemplificativo de esta mayor rigidez resulta la exclusión operada por la Ley 53/1999 de reforma de la LCAP de la contratación de la Administración con empresas de trabajo temporal, con excepción de la realización de encuestas, tomas de datos y otros análogos, para los que está prevista una duración máxima de seis meses, sin posibilidad de prórroga. Con ello se ha querido poner límites a una situación que hacía posible que a través del recurso a la contratación con este tipo de empresas se consoliden posteriormente puestos de trabajo en la Administración que no tenían vocación de permanencia.

MORENO MOLINA, J. A., *Nuevo régimen de contratación administrativa, Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas tras el RDLeg. 2/2000 de 16 de junio*, La Ley, 2000, pág. 665.

#### **4.3. La figura de los funcionarios interinos y su relación con la contratación temporal.**

Ha señalado SÁNCHEZ MORÓN<sup>164</sup>, que el rasgo característico del funcionario interino es la provisionalidad o la transitoriedad de su relación de servicio. Esta figura encuentra su razón de ser en proporcionar cobertura frente a necesidades ocasionales de la Administración en las que es preciso el desempeño de actividades que no pueden llevarse a cabo por personal funcionario de carrera de ello proviene su carácter de personal no permanente. El régimen jurídico de esta clase de funcionarios de empleo que son los funcionarios interinos, parte de la definición que de los mismo se efectuaba en el artículo 5.2 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, cuya redacción se ha visto recientemente modificada por el artículo 54 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social en el sentido que seguidamente se verá.

No obstante, más allá del régimen jurídico previsto por la normativa aplicable, las prácticas de algunas administraciones, que han recurrido al nombramiento sistemático de funcionarios interinos para el desempeño de funciones que habrían debido cubrirse de una manera permanente, han terminado ocasionado una importante desviación del diseño legal que se quiso dar a esta figura<sup>165</sup>. El mantenimiento de la situación de interinidad durante periodos de tiempo excesivos sin que las plazas sean convocadas reglamentariamente por falta de previsión presupuestaria, incluso por falta de voluntad de los responsables administrativos, ha contribuido a la formación de colectivos de empleados que permanecían indefinidamente en precario. También el factor económico ejerce gran influencia en todo este proceso, porque el trabajo del funcionario interino resulta “algo más barato

---

<sup>164</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, 1996, pág. 78

<sup>165</sup> Esta consideración es sin duda la razón principal por la que la Ley 24/2001 de 27 de diciembre ha reformado el art. 5.2 LFCE, abriendo paso a una modificación del régimen jurídico de los funcionarios interinos.

que el de los funcionarios de carrera”<sup>166</sup>, ya que no percibe los trienios, ni los complementos vinculados a la condición de funcionario. Hay que recordar también que la figura del funcionario interino proporciona un grado de discrecionalidad a la Administración empleadora muy importante en el momento del nombramiento y en el del cese.

*4.3.1 Punto de partida: el uso distorsionado de la facultad de nombramiento de funcionarios interinos. Problemas de competencia jurisdiccional.*

La figura del funcionario interino plantea en el empleo público actual una abundancia de supuestos conflictivos. Ha de decirse, además, que la gran mayoría de ellos indefectiblemente tienden a poner la figura del funcionario interino en relación con la contratación laboral temporal. Unas veces, por el efecto marcadamente precarizador que su utilización posee. Otras, decididamente porque el recurso a la misma se produce con posterioridad a un encadenamiento sucesivo de contratos laborales<sup>167</sup>.

La jurisprudencia había sostenido la existencia de una libre facultad de remoción del interino, lo que, en líneas generales, aunque con matices, se puede seguir sosteniendo hoy. En la STS de 11 de octubre de 1976<sup>168</sup> se afirmó que las disposiciones aplicables prescriben el libre nombramiento y la libre separación de los funcionarios interinos sin más requisitos que los establecidos, en su caso, por disposiciones especiales, la revocación del nombramiento al efectuarse la provisión

---

<sup>166</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la Función...* op. cit. pág. 79

<sup>167</sup> Sobre la abusiva utilización de la figura del funcionario interino en la Administración Local puede verse, BARREIRO GONZÁLEZ, G.; “Trabajadores temporales al servicio de la Administración Local: conversión en funcionarios” en *Actualidad Laboral*, I/2000, págs. 39 a 49. Es ésta una práctica que se ha dado sobre todo en el ámbito local donde se observa cómo en la Administración municipal se producen estos nombramientos de funcionarios interinos de los que hasta ese momento eran trabajadores y después de la contratación de los mismos a través de sucesivos y distintos contratos temporales respondiendo normalmente a necesidades permanentes.

<sup>168</sup> RJ. 4017, que establece doctrina general sobre los interinos y afirma que “carecen del derecho a la inamovilidad en el cargo”.

“en propiedad” y la no aplicación de los derechos de permanencia en la función, propios de los funcionarios de carrera. En jurisprudencia más reciente se impone la tendencia a la limitación de las potestades de la Administración<sup>169</sup> expresada a través del reconocimiento de ciertos límites a la facultad de libre revocación del nombramiento de los funcionarios interinos. En cualquier caso, la interdicción de la arbitrariedad es una importante y general limitación frente a las facultades discrecionales de la Administración<sup>170</sup>.

La decisión de transformar una relación laboral en funcionarial se puede producir en determinados casos con un afán no tanto de corte reorganizativo, sino elusivo de la aplicación de una normativa, la laboral, que en el caso de existir probadas irregularidades en la contratación, traería consigo consecuencias no deseadas por la Administración. Con el nombramiento como funcionario interino del que hasta el momento venía siendo un trabajador, se evita la aplicación de la presunción de la relación laboral por tiempo indefinido prevista en el ordenamiento jurídico laboral con el consiguiente fraude de ley que supone el recurso a una figura jurídica, más que para cumplir la normativa a ella aplicable, para eludir la imperatividad de otro precepto<sup>171</sup>.

La figura del funcionario interino ha sido empleada en demasiadas ocasiones como un instrumento distorsionador del papel para el que fueron previstos desde la legislación administrativa<sup>172</sup> que además se presenta muy relacionado con una clase

---

<sup>169</sup> En la STC 20/2001, de 29 de enero, se ha señalado que el cese del funcionario interino debe vincularse a alguna de las circunstancias expresamente contempladas. “La resolución del vínculo no supone, en modo alguno, una absoluta y libérrima facultad de cese, sino que, antes al contrario, tal facultad es sólo parcialmente discrecional, ya que aquella sólo puede dictar dicha resolución mediando las causas que reglan su posible actuación en este terreno, debiendo asimismo, comunicar la revocación indicando los motivos de ella”.

<sup>170</sup> Haciendo del mismo modo referencia al uso torcido que se hace de los funcionarios interinos pueden verse las consideraciones críticas de FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M.; “Sobre la “libre” remoción de los funcionarios interinos” en *Actualidad Administrativa*, 1/1994, pág. 203.

<sup>171</sup> BARREIRO GONZÁLEZ, G.; op. cit. pág.41.

<sup>172</sup> Por ejemplo, puede verse el supuesto contenido en la STSJ del País Vasco de 23 de octubre de 2001, (JUR. 17145), en el cual se plantea el caso de una trabajadora del gobierno autonómico



de utilización de la contratación temporal por las administraciones públicas que produce el encadenamiento de contratos temporales de trabajadores que permanecen unidos a la Administración durante años aunque sin una estabilidad contractual. Se trata de casos en los que se evidencia el nombramiento como funcionarios interinos de antiguos trabajadores y ello es así precisamente después de sucesivos contratos laborales interinos que son sustituidos por sucesivos nombramientos como funcionarios interinos desde el momento en que una sentencia del orden social califica como despido improcedente el cese en sus funciones por el fin del último contrato temporal. Así pues, la situación de interinidad se mantiene pero ahora bajo el título funcional con lo que más bien parece querer excluirse la cuestión del conocimiento del orden social antes que verdaderamente querer modificar la naturaleza de la relación<sup>173</sup>.

Efectivamente, para que un funcionario interino se convierta en un funcionario de carrera, para que, usando la misma expresión, se pueda proceder a la cobertura de la plaza, es necesaria una determinada actuación administrativa. En realidad, tal como se verá después en el apartado dedicado a la contratación temporal, la Administración como empleadora tiene en sus manos la capacidad de poner fin a una determinada situación de interinidad o bien de mantenerla por un tiempo no determinado<sup>174</sup>. Ciertamente, en la actualidad se han introducido correcciones frente

---

que venía encadenando diversos contratos temporales hasta el momento en que solicita su incorporación como fija de plantilla lo que se le niega. Cuando demanda por despido, éste es declarado improcedente y seguidamente es nombrada funcionaria interina. Los nombramientos como funcionaria interina se suceden para ocupar distintos puestos hasta que finalmente demanda de nuevo. La cuestión residía en determinar si era competente o no la jurisdicción laboral para conocer del asunto. En este sentido, en la sentencia se señala que en la medida en que lo que se está enjuiciando es la existencia o no de relación laboral, existe competencia del orden jurisdiccional social para determinar si concurren requisitos suficientes para calificar la relación como laboral o funcional.

<sup>173</sup> En el caso de la STSJ País Vasco de 23 de octubre de 2001, se da un dato relevante para llegar a esta conclusión como es el hecho de que cuando la plaza queda vacante, en ningún momento llega a ser cubierta por la trabajadora.

<sup>174</sup> Y llegados a este punto se sucede la misma situación que se contemplaba en los casos ya vistos relativos a los procesos de funcionarización. La cuestión dudosa que se abre en el momento de plantear la cobertura definitiva de la plaza se refiere al procedimiento preciso para llevarla a cabo y aquí se plantea la cuestión de saber si el procedimiento idóneo es la oposición o el

a este mantenimiento indeterminado de la interinidad como se verá más adelante, pero, en todo caso, prevalece la índole organizativa de esta cuestión y eso obliga a tener en cuenta que la totalidad de los procesos que se deben llevar a cabo para poder reglamentariamente proceder a la cobertura de un determinado puesto, precisan de la existencia de una clara voluntad en ese sentido para impulsarlos.

Pues bien, volviendo a los supuestos planteados, el Tribunal Supremo apoyándose en la existencia de doctrina unificada<sup>175</sup> sobre la cuestión viene declarando que el orden social de la jurisdicción carece de competencia para conocer pretensiones como las planteadas porque se trata de decidir sobre la validez de la relación funcional y eso es competencia del orden contencioso administrativo. Obstáculos de índole formal impiden por el momento la toma en consideración de cuestiones de fondo que resultan importantísimas. Tanto más cuando, como es el caso, la actual relación funcional ha estado precedida de una relación laboral temporal cuya finalización fue calificada por sentencia como un despido improcedente. Con independencia del necesario respeto hacia la separación entre los órdenes jurisdiccionales y el reconocimiento de la plena competencia del contencioso administrativo para el conocimiento de las materias que le son propias, existen determinados supuestos en los que, vistos los antecedentes y la realidad que conforma su sustrato, resulta necesario “levantar el velo” de la separación de regímenes para saber con garantías si ha existido, como parece ser este el caso, una utilización fraudulenta de la figura del funcionario interino con el propósito de eludir la aplicación de la norma laboral. No sería, por otra parte, la primera vez que

---

concurso. Respecto a esta materia me remito a lo ya visto más arriba relativo a los procesos de funcionarización. En algunos casos, se ha denunciado que después de periodos dilatados de permanencia en una situación de precariedad, la administración ha negado a los interesados la posibilidad de participar en pruebas encaminadas a la estabilización, como son aquellas efectuadas a través de concurso oposición alegando que el artículo 39 de la Ley 50/1998 sólo admite como vía de acceso la oposición, y no el concurso oposición. Vid. en contra: BARREIRO GONZÁLEZ, G.; op. cit. pág. 49.

<sup>175</sup> En la STS de 12 de julio de 2002 (RJ. 9332) y con apoyo en abundantes pronunciamientos anteriores, STS de 20 de octubre de 1998 (RJ.9991) y muchas otras entre las que pueden citarse. STS de 20 de abril de 1992 (RJ.2661), STS de 13 de octubre de 1994 (RJ.8047), 12 de junio de 1996 (RJ.5747), 16 de julio de 1996 (RJ.6107), de 19 de septiembre de 1996 (RJ.6577).

esto se realiza. Ya se ha visto como con la contratación administrativa los tribunales de lo social no han eludido la cuestión y han entrado a examinar si verdaderamente la relación en cuestión respondía a los parámetros administrativos o se trataba más bien una relación laboral encubierta<sup>176</sup>.

No obstante, en efecto, la doctrina de la sala cuarta del Tribunal respecto a esta cuestión quedó establecida en la STS (Sala General) de 20 de octubre de 1998<sup>177</sup>. En dicha sentencia se resuelve sobre la competencia o incompetencia del orden social para conocer sobre la cuestión suscitada con motivo de la reclamación de existencia de relación laboral por parte de personal contratado inicialmente como laboral que posteriormente es nombrado funcionario interino. En los fundamentos de derecho de la sentencia, el Tribunal razona el sentido de su fallo en el que se declara la incompetencia de jurisdicción basándose en que la Administración Pública puede, con plena facultad y competencia, llevar a cabo el nombramiento de interinos en el número en que se estime conveniente siempre que respete lo que la ley dispone.

Por otra parte, el Tribunal recuerda la apariencia de legalidad de estos nombramientos que en consecuencia se han de tener por válidos y eficaces mientras no se declare la nulidad de los mismos por la autoridad competente para ello. Y es llegado este punto cuando el Tribunal recuerda que la competencia para conocer de las impugnaciones que se dirijan contra esos nombramientos y para declarar la nulidad de éstos, le corresponde a los Tribunales del Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo. Los tribunales laborales carecen, por el contrario, de tal clase de competencia. A este respecto, el tribunal niega que se pueda hablar aquí

---

<sup>176</sup> En este mismo sentido apunta FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A.; “Funcionarios interinos y contratación laboral: ¿debe mantenerse el tradicional criterio de delimitación jurisdiccional?” en AA.VV., *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, Vol. I, XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTAS, 2001, pág. 728, el autor se pregunta por la posibilidad de que el criterio que él llama “realista” y que hasta ahora ha sido empleado de forma exclusiva en la delimitación entre contrato laboral y contrato administrativo se pueda aplicar también cuando los problemas de este tipo se plantean con una relación de corte funcional.

<sup>177</sup> RJ. 9991.

de prejudicialidad y se remite a lo establecido por la STS de 12 de junio de 1996<sup>178</sup>, entre muchas otras<sup>179</sup>.

Con carácter residual, el Tribunal argumenta también que, aunque se declarara la nulidad del nombramiento del funcionario interino, no es claro que ello produzca la consecuencia de otorgar naturaleza laboral a la prestación de servicios realizada por el interesado. Si se trata de la nulidad del nombramiento de un funcionario de carrera es evidente que la misma no determina la existencia de ninguna relación sometida al Derecho del Trabajo y por lo tanto habría que seguir la misma pauta y criterio cuando se trata de funcionarios interinos.

La STS de 20 de octubre tenía un importante voto particular<sup>180</sup> en el que se tuvo en cuenta una Resolución de la Sala de 2 de febrero de 1994<sup>181</sup> favorable a la aceptación de la competencia del orden social. En ella se está contemplando la situación de los trabajadores con contrato laboral que más tarde son contratados por vía administrativa, y se está aceptando expresamente la competencia para conocer sobre la legalidad o no de dicha contratación como una cuestión previa a la de decidir sobre la competencia resolviendo por lo tanto con diferente criterio jurídico una situación que, no siendo igual, es muy semejante a la de los funcionarios interinos que previamente han sido contratados laborales y que impugnan la legalidad de su nombramiento por infracción de la normativa laboral.

En la doctrina del Tribunal Supremo relativa a esta cuestión se puede apreciar

---

<sup>178</sup> RJ. 5747.

<sup>179</sup> En dicha sentencia el Tribunal rechazaba la condición de cuestión prejudicial, rechazando que el orden social pudiera conocer, a los solos efectos que le son propios, sobre cuestiones relativas a la legalidad o ilegalidad del nombramiento de un trabajador como funcionario interino. Ello porque entendía el Tribunal que tal cuestión quedaba fuera de la calificación de cuestión prejudicial toda vez que no se está ante una cuestión (administrativa) conexa con la principal (laboral), aunque distinta de ésta, sino que se está ante una cuestión (la misma relación de vida que liga a las partes en litigio) sobre la que intentan converger dos calificaciones jurídicas distintas.

<sup>180</sup> Formulado por el Magistrado MOLINER TAMBORERO al que se adhieren los magistrados DESDENTADO BONETE y SALINAS MOLINA.

<sup>181</sup> RJ.782.

que la Sala está dando soluciones distintas a dos situaciones que presentan el mismo problema. Así, declara la incompetencia cuando se está en presencia de unos demandantes que primero fueron trabajadores en régimen laboral y luego fueron nombrados funcionarios y ello no se corresponde con otros pronunciamientos de aceptación de la competencia y decisión de fondo cuando se está en presencia de contratados administrativos. En ambos casos el orden social se encuentra ante una relación previa de carácter administrativo.

Esta realidad tiene además, el efecto pernicioso de provocar confusión y que existan sentencias que se apoyen en la Jurisprudencia existente en materia de contratación administrativa para dar una respuesta a los conflictos surgidos a propósito de los nombramientos de funcionarios interinos y la competencia del orden social para conocer sobre ellos. Todo ello unido a la disparidad de tratamiento de dos situaciones que, como se apuntaba, son similares, hace necesario “contemplar bajo un mismo prisma la decisión que definitivamente haya que utilizar para la solución satisfactoria y uniforme de las dos cuestiones antedichas”<sup>182</sup>.

Es claro, y en el voto particular no se niega, que la competencia jurisdiccional para determinar la legalidad o ilegalidad, tanto de un nombramiento de un funcionario interino como de un contratado administrativo, está atribuida por la legislación a la jurisdicción contencioso administrativa. No obstante, lo que se plantea en estos casos no es decidir sobre la legalidad de los nombramientos sino decidir si los demandantes tienen la condición de trabajadores. Así pues, la alegación de incompetencia por el hecho de ser funcionarios es una cuestión previa de naturaleza administrativa que hay que resolver pero no la cuestión de fondo que se plantea pues ésta es de naturaleza laboral. Una y otra no son la misma cuestión en cuanto que la decisión sobre la legalidad o ilegalidad del nombramiento del interino

---

<sup>182</sup> Voto Particular a la STS de 20 de octubre de 1998 (RJ.9991), Razonamiento Segundo, punto 3.

serviría tan sólo para determinar la competencia<sup>183</sup> pero de ello no se derivaría la condición de trabajador temporal o indefinido de los demandantes puesto que como se señala en el voto particular, “ esta cuestión habría de resolverse en un momento posterior de conformidad con los criterios legales y jurisprudenciales relativos a las relaciones laborales en las administraciones públicas”.

Por todo ello se puede concluir que se está en presencia de una cuestión prejudicial administrativa que habrá que decidir el Juez laboral de conformidad con los criterios previstos para estos supuestos tanto por el artículo 10.1 LOPJ como por el artículo 4.2 de la LPL<sup>184</sup>. Y ello porque se trata de una cuestión conexa con la principal que necesariamente hay que analizar para dar respuesta jurídica a la segunda cuestión. En consecuencia, el juez laboral que ha de decidir sobre una pretensión de fondo netamente laboral tiene que decidir si ello es así cuando se alegue que se trata de una relación administrativa antes de resolver sobre la cuestión de fondo que se le plantea, por lo tanto tendrá que decidir sobre la legalidad o ilegalidad del nombramiento del funcionario y sólo después de tal valoración es cuando habrá de dictar sentencia procesal de incompetencia si llega a la conclusión de que se encuentra ante una relación de naturaleza administrativa, mientras que habrá de resolver sobre el fondo si llega a la conclusión contraria<sup>185</sup>.

Así pues, la jurisdicción social debe ser competente para conocer y pronunciarse con la necesaria motivación acerca de si la relación que unía a los

---

<sup>183</sup> De la jurisdicción Contencioso Administrativa si el nombramiento ha sido efectuado de manera correcta o del orden social en el caso contrario, es decir, si era ilegal.

<sup>184</sup> De conformidad con el artículo 10.1 LOPJ a los solos efectos prejudiciales, cada jurisdicción, entre ellas la social, puede conocer de asuntos (salvo los penales, que fuerzan la suspensión) que no le estén atribuidos privativamente siempre que estén relacionados. La decisión no producirá efectos fuera del proceso en que se dicte; vid. ALONSO OLEA, M.; MIÑAMBRES PUIG, C. y ALONSO GARCÍA, R. M.; *Derecho Procesal del Trabajo*, Cívitas, 2000, pág. 88. Vid. también las SSTs de 1 de octubre de 1992 (RJ.7593) y de 13 de julio de 1998 (RJ.6170).

<sup>185</sup> El mismo voto se apoya en determinadas sentencias del Tribunal Supremo en las que puede apreciarse que se ha declarado la incompetencia para conocer de demandas planteadas por quienes no son trabajadores por cuenta ajena, como es el caso de socios: STS de 9 de mayo de 1991 (RJ.3794); administradores en el caso de la STS 22 de diciembre de 1994 (RJ.10221); o agentes comerciales en el caso de la STS 2 de julio de 1996 (RJ.5631).

demandantes con la demandada era de naturaleza laboral o administrativa por encima de las nuevas apariencias derivadas de la existencia de un nombramiento como funcionarios, y una vez resuelta esta cuestión, debe decidir sobre la competencia y en su caso sobre el fondo de la cuestión planteada<sup>186</sup>.

Existe una cuestión importante como es la de que, por supuesto, la decisión de la jurisdicción laboral, una vez analizados los antecedentes y practicadas todas las pruebas, será de competencia o de incompetencia de jurisdicción ya que puede llegar a una conclusión o a otra con entera libertad. Sólo si se declara incompetente dictará la sentencia procesal que corresponde en estos casos y no entrará a conocer en dicha cuestión de fondo que quedará reservada a los tribunales del orden contencioso administrativo<sup>187</sup>.

La doctrina más adecuada para la resolución de las controversias que se originan como consecuencia del nombramiento de funcionarios interinos en determinados supuestos, se halla contenida en el comentado voto particular. No obstante, puede decirse que existe un obstáculo importante que podría impedir la admisión de una cuestión prejudicial en estos casos<sup>188</sup>. Se trata de saber hasta qué punto puede el orden social de la jurisdicción valorar prejudicialmente la validez de un acto administrativo pues en el artículo 57.1 de la Ley 30/1992 RJAP, se establece la presunción de validez de los actos administrativos así como su

---

<sup>186</sup> En opinión de los firmantes del voto particular, lo que no procede es dejar sin resolver una cuestión típicamente laboral sobre la exclusiva alegación de incompetencia basada en la aparente condición de funcionarios de los demandantes, sin un previo análisis de la legalidad o no de tal situación.

<sup>187</sup> En cualquier caso, vale la pena destacar aquí que los ponentes firmantes del presente voto particular, en el supuesto enjuiciado en la sentencia que les ocupa declaran que los demandantes merecían la calificación de trabajadores por cuenta ajena a pesar de su nombramiento como interinos, y por ello había que reconocer la competencia del orden jurisdiccional social.

<sup>188</sup> Así lo ha señalado FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A.; "Funcionarios interinos y contratación laboral: ¿debe mantenerse el tradicional criterio de delimitación jurisdiccional?" en AA.VV., *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, Vol. I, XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTAS, 2001, pág. 733.

ejecutividad inmediata<sup>189</sup>.

El nombramiento del funcionario interino es un acto administrativo del cual se predicen las antedichas características<sup>190</sup>, y aunque ciertamente, y siempre según afirma la doctrina administrativista<sup>191</sup>, la presunción de validez del acto administrativo puede ser destruida mediante el oportuno proceso impugnativo, la cuestión es si los Tribunales de lo Social son competentes para ello. Es decir, se trata de saber si los Tribunales del orden social de la jurisdicción podrían romper la presunción de validez del acto de nombramiento del funcionario interino y privarlo de eficacia dentro de un proceso. En este sentido, una cosa serían los casos de nombramientos manifiestamente irregulares, o cuando se ha producido el acceso a la condición de funcionario de quien no tiene condiciones para ello. Pero entonces, los Tribunales de lo Social sólo podrán estimar prejudicialmente la nulidad de los actos administrativos cuando se trate de una nulidad de pleno derecho. Por el contrario, si se trata de la mera anulabilidad de un acto, ésta exige la actuación del afectado o de la Administración a través de procedimientos y procesos específicamente previstos en los que la competencia es claramente atribuida a la jurisdicción Contencioso Administrativa.

---

<sup>189</sup> La STS de 21 de julio de 1997 (RJ.6111) dice que “la regla según la cual el acto administrativo (es) válido y eficaz tiene su razón de ser en la necesidad de que la Administración debe procurar el interés general. Dicha regla, que parece recogida en los artículos 56, 57, y 94 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, es una presunción *iuris tantum*, que cede en el mismo momento en que se acrediten las excepciones previstas en los artículos 111 y 138 de la misma Ley y en los casos que necesiten aprobación o autorización superior (art. 94 de la Ley). Vid. LLISSET BORRELL, F.; ROMERO HERNÁNDEZ, F.; LÓPEZ PELLICER, J.A.; *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados, 2000, pág. 286-295.

<sup>190</sup> Como han señalado CAVAS MARTÍNEZ, F. y SEMPERE NAVARRO, V.; *Competencia de la Jurisdicción Social en la Doctrina de Unificación (1991-1997)*, Aranzadi, 1998, pág. 34, quizá sea la presunción *iuris et de iure* de que el comportamiento de la Administración es ajustado a derecho el aspecto más criticable de la doctrina dictada en unificación porque de ese modo se rehuye el debate acerca del tipo de contrato existente.

<sup>191</sup> Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R.; *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Cívitas, Madrid, 1998, pág. 603 y 604. Vid. también, PARADA, R.; *Derecho Administrativo*, Tomo I, 2000, pág. 187-209.



Por otra parte, el hecho de que la nulidad de pleno derecho sólo esté prevista en supuestos tasados<sup>192</sup>, limita considerablemente la libertad de apreciación de la concurrencia de alguno de ellos por parte del juez laboral. Tal vez resultase indicado en casos como los que se comentan ahora, nombramientos como funcionarios interinos de quienes han mantenido una relación jurídico laboral con la Administración manifiestamente irregular, acudir a los supuestos de falta absoluta de procedimiento en el nombramiento.

#### *4.3.2 Punto de llegada: La nueva definición legal y la mayor especificación de los supuestos de cese. Insuficiencias*

Una vez más, la realidad de la articulación del personal al servicio de las administraciones públicas choca con la vigencia de un régimen jurídico cuya indiscutible aplicación trae consigo efectos no deseados en casos como el que se describe en estas líneas. La plena vigencia de la normativa administrativa no puede amparar un empleo fraudulento de la misma haciendo imposible la resolución de situaciones que manifiestamente son contrarias a las normas. El encadenamiento de contratos temporales sin responder verdaderamente a ninguna causa temporal que además ha resultado sancionado por los tribunales de lo social, se perpetúa a través del nombramiento de la persona afectada como funcionario interino, lo que, al hacer aplicable desde ese momento la normativa administrativa con la consiguiente competencia de los tribunales de lo contencioso administrativo, mantiene de hecho esa situación irregular e impide su solución hacia el futuro.

Es posible que con la nueva redacción dada al artículo 5.2 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado por el artículo 54 de la Ley 24/2001, de 27 de

---

<sup>192</sup> Existen unas causas tasadas recogidas en el artículo 62.1 LRJAP y que son las siguientes: Actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, actos de contenido imposible, actos constitutivos de infracción penal o dictados a consecuencia de ésta, actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados, actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

diciembre, se avance hacia la solución de los problemas que hasta el momento ha venido planteando la utilización de la figura del funcionario interino. La actual redacción contiene una nueva definición del funcionario interino de la que se desprende la voluntad clara del legislador de limitar los abusos de la figura. De conformidad con el mencionado precepto se ha llevado a cabo un reajuste del concepto de funcionario interino. Éste es el que, por razones de justificada necesidad y urgencia, en virtud de nombramiento legal y siempre que existan puestos dotados presupuestariamente, desarrollan funciones retribuidas por las administraciones públicas en tanto no sea posible su desempeño por funcionarios de carrera y permanezcan las razones de necesidad y urgencia. Los funcionarios interinos serán cesados, cuando la plaza se provea regularmente por funcionarios de carrera, cuando se extinga el derecho a reserva del puesto de trabajo del funcionario sustituido, cuando por causas sobrevenidas la plaza sea amortizada, y cuando la administración considere que ya no existen las razones de necesidad y urgencia que motivaron la cobertura.

Además, las plazas ocupadas por funcionarios interinos deberán incluirse en la Oferta Pública de Empleo inmediatamente posterior a la permanencia de un año del interino en su puesto, sin perjuicio de los casos en los que la Administración haya acordado la amortización de la plaza por causas sobrevenidas. Esta obligación de incluir en la Oferta de empleo las plazas ocupadas por funcionarios interinos después de un año de permanencia no se extiende sobre aquéllas plazas ocupadas por interinos que sustituyen a funcionarios con derecho a reserva del puesto de trabajo. A esta clase de funcionarios de empleo les será de aplicación por analogía, y en cuanto resulte adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera pero haciendo excepción de los derechos derivados de la permanencia<sup>193</sup> y determinadas retribuciones<sup>194</sup> y derechos de clases pasivas.

<sup>193</sup> De acuerdo con la normativa, el interino no tiene un derecho a la permanencia o estabilidad en el puesto de trabajo para el que ha sido designado. Vid. la STS de 17 de mayo de 1996 (RJ. 4597), que en el Fundamento Jurídico Tercero, se expresa del siguiente modo: (otorgar a los interinos estabilidad en el desempeño de la plaza) “choca frontalmente con la legalidad vigente por cuanto la inestabilidad es condición inherente a la interinidad”.

Este es el contenido de determinados preceptos de la Ley de Funcionarios Civiles que subsisten y a los que se añade la normativa de dispuesta en el artículo 27 del Reglamento General de Ingreso y en la Orden del Ministerio de Administraciones Públicas 1461/2002, de 6 de junio que desarrolla dicho artículo<sup>195</sup>. Para nombrar funcionarios interinos será condición inexcusable que no sea posible, debido a la urgencia exigida por las circunstancias, la prestación del servicio por funcionarios de carrera. Estos extremos se deben justificar, en cualquier caso, ante la Comisión Superior de Personal y en cualquier caso también, el nombramiento deberá recaer en personas que reúnan las condiciones necesarias y exigidas para el ingreso en el cuerpo al que pertenezca el puesto de trabajo<sup>196</sup>.

---

<sup>194</sup> En las Leyes de Presupuestos Generales del Estado se establece un apartado en el que se especifica que los funcionarios interinos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, percibirán las retribuciones básicas, excluidos trienios, correspondientes al grupo en el que esté incluido el Cuerpo en que ocupen vacante y las retribuciones complementarias que correspondan al puesto de trabajo que desempeñen, excluidas las que estén vinculadas a la condición de funcionario de carrera. El complemento de productividad, por ejemplo, lo pueden percibir los funcionarios interinos si en el desempeño de sus funciones ocupan un puesto que lo tenga asignado.

<sup>195</sup> Y que sustituye a la anterior O.M. de 28 de febrero de 1986.

<sup>196</sup> Siguiendo a PALOMAR OLMEDA, A.; *Derecho de la Función Pública*, 2001, págs. 315 y ss; la regulación de los funcionarios interinos se encuentra incluida entre lo que el artículo 103 de la LFCE de 1964 denominaba funcionarios de empleo. En concreto, el artículo 104 de la ley establecía las condiciones para su nombramiento y el artículo 105 contenía el régimen de derechos y obligaciones aplicables. Dada la vigencia de dichos preceptos, que no fueron derogados expresamente por la Ley 30/1984, constituyen derecho vigente y junto con lo dispuesto en el artículo 27 del Reglamento General de Ingreso de 1995. Si bien, como ha sido apuntado, el artículo 5 de la LFCE ha recibido recientemente una nueva redacción y la Orden Ministerial de 1986 ha sido sustituida por una nueva Orden 1461/2002 donde se establece el régimen jurídico aplicable a esta figura. La principal novedad que se introduce en la regulación de la selección de los funcionarios interinos tras la entrada en vigor de esta nueva regulación, reside en la recepción del concurso como sistema selectivo preferente para los funcionarios interinos frente a la oposición que es, como se sabe, la regla general que quedó establecida para el ingreso del personal por el Reglamento General de Ingreso en 1995. En este cambio se ha querido ver una quiebra de los principios constitucionales pues dado que se podrá conceder a la experiencia profesional referida a las funciones y tareas del puesto que se deba cubrir un importante porcentaje del valor total del baremo, se concede una ventaja a los colectivos integrados por el personal que ya hubiera prestado servicios para la Administración frente a otros aspirantes. Vid. PUERTA SEGUIDO, F.; *La consolidación del empleo público precario*, Lex Nova, 2003, pág. 204, quien considera que esta nueva regulación adolece de un "déficit constitucional". No comparto la preocupación del autor en este aspecto pues el sistema del concurso puesto en relación con la actual limitación del año de permanencia hasta la inclusión de la plaza en la OEP, da la impresión de suponer un importante contrapeso, de cualquier modo, también este autor lo señala en este sentido, pág. 205. Del nuevo

La nueva definición legal y la mayor especificación de los supuestos de cese, constituye sin duda un paso adelante en una mejor delimitación del uso que la Administración empleadora puede hacer de esta figura. Así, el límite de un año que ahora se impone a la duración de la interinidad será un elemento clave para corregir el empleo desvirtuado de la figura del funcionario interino<sup>197</sup>. Sin embargo, dentro de la nueva regulación es llamativa la inclusión de dos supuestos tasados de cese en los que la discrecionalidad de la Administración resulta considerablemente amplia, me atrevería a decir que prácticamente absoluta. Se trata de los supuestos de cese por amortización de la plaza por causas sobrevenidas, y de cese cuando la Administración considera que ya no existen las razones de necesidad o de urgencia que justificaron la cobertura de ese puesto por un funcionario interino.

En la regulación del régimen jurídico de los funcionarios interinos se deben armonizar dos intereses. El interés general aconseja evitar que coberturas provisionales que por razones de necesidad y urgencia se realizan buscando la mayor agilidad y eficacia posibles, se conviertan por la vía de hecho en coberturas definitivas al margen de las garantías constitucionales y legales que delimitan el acceso a las funciones públicas. El interés del empleado, sin perjuicio del interés general, necesita contar con un marco regulador que elimine los riesgos de una excesiva arbitrariedad<sup>198</sup>.

En lo tocante a esto último, con la nueva regulación no se ha avanzado gran cosa. En las manos de la Administración estará la determinación de la duración del

---

reglamento contenido en la Orden APU 1461/2002, destaca además, la expresa previsión de posibilidad de confección de bolsas de candidatos y de recurrir a los servicios públicos de empleo, en coherencia con la finalidad de agilidad a la que se orienta esta figura del funcionario interino.

<sup>197</sup> De igual modo lo interpreta PUERTA SEGUIDO, F.; *La consolidación del empleo público precario*, Lex Nova, 2003, pág. 201, quien considera que, en todo caso, aunque la modificación legal “alberga la esperanza de dar solución al grave problema”, ello dependerá de la mayor o menor voluntad “probablemente política” de aplicarla.

<sup>198</sup> En todo caso, la exigencia de que el cese del funcionario interino vaya precedido de expediente, (art. 54. 1 f de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, supone un límite a la arbitrariedad).

vínculo en cuanto que a ella le corresponde la apreciación de la permanencia o no de las circunstancias que determinaron la urgencia o la necesidad. También aparecen las facultades organizativas de nuevo reflejadas, en esta ocasión para acordar la amortización de la plaza<sup>199</sup>. Es claro que es a la Administración, no tanto como garante del interés general, que también, sino en tanto que receptora de los servicios prestados, a quien deben serle atribuidas las facultades organizativas. Pero lo que resulta inquietante es que en el ejercicio de las mismas no se contemplen procedimientos de actuación que en la práctica introduzcan alguna fórmula de control de la discrecionalidad administrativa más allá de la que en general se reconoce en el derecho público.

Mientras no se avance en este segundo aspecto, las prácticas más arriba expuestas podrán continuar existiendo. No parece que exista por el momento, ni siquiera después de las reformas legales apuntadas, fórmula que evite nombramientos de funcionarios interinos después de una contratación laboral irregular. Ni parece posible evitar que, una vez sustraído del ámbito de conocimiento de orden social de la jurisdicción, se extinga la relación funcional por amortización de la vacante o porque se aprecie por el órgano administrativo que ya no concurren las circunstancias de necesidad o de urgencia que motivaron aquel nombramiento. Por ello, la doctrina contenida en el voto particular formulado a la STS de 20 de octubre de 1998, si fuera aplicada, ayudaría a solucionar algunos de los aspectos que aún están por resolver.

---

<sup>199</sup> En este sentido, se debe apuntar, sin perjuicio de lo que se tratará en el Capítulo Cuarto, la existencia de alguna sentencia en la que se ha recogido que no se puede aplicar a las administraciones públicas la extinción de un contrato de trabajo por amortización del puesto fundada en causas económicas u organizativas ya que lo procedente hubiera sido la tramitación de un Plan de Empleo. Vid. *Informe del Defensor del Pueblo*, "Funcionarios Interinos y Personal Eventual: La provisionalidad y temporalidad en el empleo público", Madrid, 2003, pág. 24. No obstante, en este supuesto concreto se trata de amortización de plazas funcionariales y del consiguiente cese del funcionario interino que la ocupaba, luego el régimen jurídico aplicable será diferente, no se tratará de un despido por causas organizativas aunque, seguramente, la amortización de la plaza sí debería figurar en el correspondiente Plan de Empleo. Vid. PALOMAR OLMEDA, A.; *La planificación de los recursos humanos en el empleo público*, op. cit. pág. 103.

#### 4.4. Dualidad y precariedad en el empleo público.

Se ha observado con acierto cómo la inestabilidad experimentada en el empleo público en las últimas décadas, por su envergadura y características “no puede atribuirse simplemente a un atavismo secular de la Administración española”<sup>200</sup>. Ello no puede compararse ni a los fenómenos históricos de las cesantías en nuestra Administración, ni a los sistemas del botín (spoils system), sino que encuentra su fundamento en variadas circunstancias que inciden sobre el sistema de empleo público a lo largo de este tiempo y que han ido conformando un concreto estado de la situación en el que se percibe esta realidad. Sobre algunos de los factores que se hallan implicados en esta realidad se ha hecho referencia en el Capítulo II de este trabajo, pero en este momento es necesario prestar atención ya no solo a los planteamientos que rodean, justifican, o al menos explican la precariedad en el empleo público actual, sino más bien estudiar este fenómeno directamente por cuanto representa el sustrato sobre el que se asienta en buena medida la fuerza de trabajo en este ámbito.

Sin perjuicio del creciente dato numérico que arroja la presencia del personal laboral en las organizaciones públicas, esta concepción de que el contrato laboral es un mal menor en cierto modo tolerable, se encuentra arraigada, como se sabe, en las propias concepciones de una buena parte de la doctrina que, con apoyo en el ya citado pronunciamiento del Tribunal Constitucional (STC 99/1987), mantiene el carácter excepcional de la presencia del personal laboral en la organización administrativa frente a la norma general que es la cobertura de los puestos de trabajo con personal funcionario. Pero como decimos, la realidad continúa empecinada en poner en entredicho la anterior afirmación y el recurso a la contratación laboral, ya sea indefinida o temporal, pese a la lista mencionada contenida en el artículo 15 LMRFP y pese a las previsiones limitativas reiteradas en las Leyes de Presupuestos Generales de los últimos años, sigue destacando por su abrumadora presencia en

---

<sup>200</sup> OJEDA AVILÉS, A.; *Los acuerdos de estabilización del personal temporal en las*

términos cuantitativos y también en términos cualitativos.

La mera existencia de los ya vistos procesos de funcionarización o de estabilización del personal, expresa la existencia de una voluntad de mantener el actual sistema dual del personal que presta sus servicios a las administraciones públicas, o al menos indica la aceptación o la conformidad con un estado de la situación que hace previsible la permanencia en el corto y medio plazo de estas subespecies de empleados públicos. Por otra parte, todos estos procesos resultan también indicativos al mismo tiempo de lo fuertemente arraigada que se encuentra la opinión, justificada o no, según la cual sólo la condición de funcionario público garantiza una estabilidad real en el empleo público. Es como si, a la postre, se pudiera trazar la frontera entre esas dos categorías de personal correspondiendo a una de ellas, en la que están adscritos los contratados laborales, la segunda fila.

En buena medida, sólo la observación del contenido de los Acuerdos Administración-Sindicatos que se han venido sucediendo en años anteriores, refleja la aceptación tácita de la existencia, ya no solo de un problema relacionado con la calidad de nuestro empleo público, con su estabilidad y su permanencia, también se pone de manifiesto la permanente dualidad en la que se halla inmerso el sistema y la necesidad acuciante de resolver un problema que no parece encontrar una respuesta adecuada.

Así, para el año 2004, la Ley de Presupuestos tiene prevista la promoción de los interinos en un intento claro de frenar, incluso de eliminar, el contrato temporal. Ello representa un intento que difícilmente logrará hacerse realidad, entre otras cosas por el importante papel que este tipo de contratación hoy desempeña. Pero, por el momento, así ha quedado establecido por el Gobierno para el año próximo. Para dicho periodo tampoco se prevé el nombramiento de funcionarios interinos<sup>201</sup>,

---

*administraciones públicas*, Comares, 1998, pág. 1.

<sup>201</sup> Ello es representativo de esta voluntad de frenar la precariedad, o al menos mitigarla en la

aunque por la dicción literal de lo que desde el Gobierno se propone, es posible percibir que las cosas se mantendrán previsiblemente en una situación similar ya que el tenor de la excepción, que no es otro que el legal (los funcionarios interinos sólo serán nombrados en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables), resulta extremadamente lato habida cuenta del amplio margen de interpretación con el que cuenta la organización pública. Sólo queda esperar para saber si las últimas correcciones introducidas en el regulación del régimen jurídico de los funcionarios interino es eficaz para reconducir los abusos en la utilización de esta figura<sup>202</sup>.

## **5. LA CONTRATACIÓN LABORAL TEMPORAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

### **5.1. Consideraciones previas: de nuevo sobre la problemática aplicación de la norma laboral en el ámbito del empleo público**

La fuerza incontestable de los hechos ha superado la antigua controversia sobre la cual se había discutido durante mucho tiempo. La Administración Pública recurre a la contratación laboral por tiempo determinado porque la sola posibilidad de contratar temporalmente supone introducir un elemento flexibilizador irresistible para una organización que, por imperativo constitucional, se halla sujeta, no ya a los

---

función pública, toda vez que la utilización de la figura del interino, también en el ámbito funcional es excesiva, se podría decir que abusiva y, lo que es más preocupante, carente de los mecanismos de corrección existentes en el ordenamiento laboral. Para el año 2004 pues, no se procederá a la contratación temporal, ni al nombramiento de funcionarios interinos, salvo en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables. En cualquier caso, estos nombramientos computarán a efectos de cumplir el límite máximo de la tasa de reposición de efectivos en la oferta de empleo público correspondiente al año siguiente a que se produzca el citado nombramiento.

<sup>202</sup> Que vienen a sumarse a los supuestos de uso fraudulento del contrato administrativo para la realización de trabajos específicos, concretos, no habituales. Vid. PARDELL VEA, A.; "Falsos autónomos en la Administración Pública", *Revista de Derecho Social*, nº 13, 2001, págs. 165 a 181.



principios de igualdad, mérito y capacidad, sino también a las pautas de actuación que son propias de la Administración Pública. Sea como fuere, no se trata, en modo alguno, de una cuestión nueva, ni mucho menos pacífica. El formidable incremento del personal temporal, plantea, como sabemos, problemas de provisionalidad en el empleo público. Ahora bien, dichos problemas se ven agudizados cuando esa contratación laboral temporal que ya de por sí es polémica, se ha llevado a cabo de un modo irregular.

En efecto, no se trata de una cuestión nueva. Además, hoy no puede ser abordada sin hacer referencia al debate actual sobre el empleo público que se encuentra condicionado de un lado, por una búsqueda constante de fórmulas que permitan una gestión más eficaz de los recursos humanos, y de otro, por tendencias modernas que miran al derecho privado tratando de sortear la aplicación de la norma administrativa<sup>203</sup>. Ya que ésta es una materia que ha sido tratada en extenso en el capítulo segundo, en este momento, y sin perjuicio de las referencias continuas que será preciso hacer, estas líneas se remiten a lo que allí quedó expresado.

Tampoco se trata de una cuestión pacífica. Basta observar la abundante jurisprudencia y el intenso quehacer doctrinal de los últimos años sobre el particular para saber lo conflictiva que puede llegar a ser la plena aplicación de las normas del Derecho del Trabajo a los casos de contratación temporal irregular de la Administración Pública. Esto hace que siga siendo arriesgado extraer conclusiones definitivas sobre este complejo tema en el que juegan normas correspondientes a distintos ordenamientos: el laboral y el administrativo.

Pero como en algunas ocasiones el Tribunal Supremo ha señalado<sup>204</sup>, hace falta

---

<sup>203</sup> Sobre esta cuestión vid. entre otros, los trabajos de BORRAJO INIESTA, I.; “El Intento de huir del Derecho Administrativo”, *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 78, 1993, pág. 233; DEL SAZ CORDERO, S.; “La huída del derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas”, *Revista de Administración Pública*, nº 133, 1994, págs. 57-98

<sup>204</sup> Sentencias de 24 de abril de 1990 (RJ.3490) y de 20 de enero de 1998, en ambas es ponente el Sr. Desdentado Bonete, magistrado que introduce idéntica consideración en el voto particular

efectuar una interpretación integradora de dos normativas que responden a objetivos y principios inspiradores distintos, cuando no abiertamente contradictorios. Así que las presentes líneas vuelven sobre ello y, recorriendo la evolución de la jurisprudencia del Tribunal, retoman el debate en el punto al que se ha llegado después de las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2002 y de sus notables predecesoras de enero y marzo de 1998<sup>205</sup> pues marcan un punto de inflexión de importantes consecuencias.

## **5.2. La dualidad de regímenes jurídicos del personal al servicio de la Administración como elemento potenciador de los problemas de la contratación temporal irregular**

Se ha hecho referencia abundante en este trabajo a las diferentes clases de personal que pueden existir y convivir en una Administración Pública y lo mismo puede decirse acerca de su fundamento legal, pues siempre se ha partido del convencimiento de lo conveniente que resulta tener claros los presupuestos de partida en esta materia en la que es importante agrupar y diferenciar al personal en función del régimen jurídico al que se encuentra sometido. Por consiguiente, es sabido que uno de los grandes grupos de personal al servicio de las Administraciones, es el de los trabajadores que resultan vinculados a ellas a través de una relación de servicios profesionales regulada por el Derecho del Trabajo<sup>206</sup>. Sin perjuicio de que, como hemos visto, la Ley establezca la regla general de que los puestos de trabajo en la Administración Pública deben ser desempeñados

---

que formula a la sentencia de 3 de junio de 1994 (RJ. 5402), sobre clasificación profesional en la Administración Pública.

<sup>205</sup> Sentencias de 20 y 21 de enero de 1998 (RJ. 1000 y 1138) y de 27 de marzo de 1998 (rec. 295/1997) que reitera la doctrina contenida en las mismas.

<sup>206</sup> Cuando la Administración contrata personal, no con la finalidad de que se le preste un servicio aislado, sino para que se produzca la adscripción en su estructura de una manera continuada, con una jornada predeterminada, una función fija, controlando el trabajo realizado y retribuyéndolo periódicamente estamos ante un supuesto “perfectamente explicable a través del contrato de trabajo”. En este caso, el régimen jurídico aplicable no puede ser otro que el laboral. Vid. DE LA VILLA, L.E.; “Sobre el personal no funcionario al servicio de la Administración Pública”, *Documentación Administrativa*, nº 114, 1962, pág. 10.

preferentemente por funcionarios, el espacio que se deja a la disponibilidad del contrato de trabajo se halla recogido en el art.15 enumerador y descriptor de los puestos que pueden desempeñarse por personal laboral<sup>207</sup>. El Reglamento General de Ingreso, por su parte, aún variando en cada caso los requisitos para su ingreso<sup>208</sup>, pues la regulación es distinta según se trate de “personal laboral fijo” o de personal laboral “no permanente”, obliga a que los sistemas selectivos del personal laboral sean también la oposición, el concurso-oposición y el concurso.

En cualquier caso, la temporalidad en la norma viene justificada por la necesidad de atender la realización de tareas que no puedan ser desempeñadas por personal permanente. Sin embargo, no es que la existencia de personal temporal se deba únicamente a la posibilidad que tienen las administraciones públicas de contratar personal laboral, porque, de hecho, en la normativa administrativa están previstas otras figuras con un componente esencial de temporalidad. Estas figuras, como ya se sabe, van desde los funcionarios interinos hasta la contratación administrativa que procura a la organización pública unas determinadas prestaciones de servicios, por definición, acotadas temporalmente. Así pues, debe entenderse que la contratación laboral temporal no se presenta como el fenómeno exclusivo de temporalidad en el empleo público. Antes bien, resulta necesario ubicar los problemas derivados de la contratación temporal irregular dentro de un contexto más amplio superador del ámbito laboral que alcanza el del derecho público. Desde esta perspectiva es posible el conocimiento en toda su amplitud de esta preocupante realidad que aqueja al empleo público en nuestros días como es la elevada tasa de

---

<sup>207</sup> En efecto, la Ley 30/84 incorpora en su artículo 15 una enumeración de los supuestos en que es posible la presencia de personal laboral. Aunque se trata de una lista cerrada, la definición de los puestos susceptibles de ser desempeñados por trabajadores es amplia y de difícil interpretación, Vid. LÓPEZ GÓMEZ, J.M.; *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1995, págs. 168 y ss. y GODINO REYES, M.; *El contrato de trabajo en la Administración Pública*, Madrid, 1996, págs. 93 y ss.

<sup>208</sup> El recurso a la contratación de personal laboral no permanente está prevista en la norma, art. 35 RGI 364/1995 de 10 de marzo, para la realización de trabajos que no puedan ser atendidos por personal laboral fijo. Es fácil observar cómo la norma se hace más flexible en lo que respecta a la selección del personal laboral no permanente, limitándose a efectuar una lacónica referencia al necesario respeto a los principios de mérito y capacidad en la selección de este personal.

temporalidad existente. También en este caso, la dualidad esencial a la que se puede reconducir al personal empleado público es factor agravante de los problemas que se plantean.

Se trata de conocer cuáles son los efectos que acarrea la contratación laboral temporal cuando ésta adolece de unas irregularidades tales que suponen una grave lesión de los derechos laborales del trabajador. La doctrina del fraude de ley aplicada en este contexto público tal como se aplica en el ámbito del Derecho del Trabajo, determina la conversión en indefinido del contrato. La cuestión es si es posible predicar tal conversión en indefinido de un contrato temporal celebrado en fraude de Ley cuando el sujeto contratante resulta ser una Administración Pública. Los trabajos doctrinales y la propia jurisprudencia existente sobre el particular acusan la tensión entre dos extremos opuestos. De una parte se afirma la plena vigencia de la norma laboral recordando que, aún tratándose de dependencias públicas, éstas deben ajustarse, cuando actúen como empresarios y celebren contratos de trabajo temporales, a las normas que regulan el tipo concreto de contrato que se proponen concertar, pues lo contrario supondría violar el principio de legalidad (art.9.1 CE). Pero de otra, se señala el necesario respeto a los principios constitucionales en el acceso del personal a tareas y puestos públicos. En una relación que se ha consolidado sin observar tales principios se ha producido un vicio que no se subsana por considerar que el contrato es indefinido, al contrario, ello supone la confirmación de una relación que presenta defectos en su proceso de formación. Un trabajador, que en principio accedió para la realización de un servicio temporal y precisamente en atención al dato de la provisionalidad de su desempeño de la funciones, los procedimientos de selección han sido más flexibles, puede ver consolidado su vínculo con la Administración al convertirse su contrato temporal en uno de duración indefinida.

Pero, más allá de los presupuestos legales y reglamentarios que permiten a la Administración la realización de contratos de trabajo con el personal a su servicio,

se encuentra la práctica real que se desprende de tal posibilidad y que pone de manifiesto una utilización deficiente de las normas jurídicas laborales. Sobre todo, resulta particularmente llamativo el uso distorsionado que las dependencias públicas han hecho en ocasiones de las reglas sobre contratación temporal.

No es un tema inofensivo. Los casos de contratos temporales celebrados por las distintas administraciones que no responden a los presupuestos legales, que superan con creces los límites temporales, que encubren necesidades permanentes... son muchos. Y dejan al descubierto unas prácticas irregulares que, al no haberse sancionado siempre debidamente, han propiciado la creación de una zona franca no afectada por la norma laboral a pesar de estar en juego relaciones jurídicas creadas a su amparo<sup>209</sup>.

Así pues, la contratación temporal por la Administración Pública ha llegado a ser un tema muy visitado por el debate doctrinal que ha seguido con atención los sucesivos enfoques jurisprudenciales que sobre él se han ido sucediendo<sup>210</sup>. Porque

---

<sup>209</sup> En este sentido puede verse la advertencia que surge de la preocupación que expresa el *Informe del Defensor del Pueblo*, Madrid 2003, "Funcionarios interinos y personal eventual: La provisionalidad y temporalidad en el empleo público".

<sup>210</sup> Así pueden citarse, entre otros, los trabajos, que enfocados desde distintas posiciones disciplinares, han efectuado autores, entre otros, como CASTILLO BLANCO, F.A.; "Las problemáticas fronteras entre el Derecho laboral y el Derecho administrativo: a propósito de los contratos temporales en el sector público", *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 86, 1995, págs. 187-218; SENRA BIEDMA, R. "Las vicisitudes de la ordenación legal de la prestación de actividad personal por cuenta de la Administración Pública. Su incidencia en la duración y extinción de los contratos laborales", Comunicación a las Jornadas sobre "Aspectos prácticos del despido tras la reforma", Albacete, abril 1995; SÁNCHEZ ICART, J.; "Contratación laboral por la Administración: consecuencias jurídicas del incumplimiento de la normativa aplicable", *Relaciones Laborales* nº 14, 1994, págs. 35-53; GARCÍA LÓPEZ, R.; "La contratación laboral temporal en las Administraciones Públicas", *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 44, 1990, págs. 651- 683; FOLGUERA CRESPO, J.; "Contratación temporal de las administraciones públicas. Diversidad de criterios jurisprudenciales.", *Actualidad Laboral* nº 18, 1992; LANDA ZAPIRAIN, J.P.; *La contratación laboral temporal en las administraciones públicas*, Madrid, 1993; CARRATALÁ TERUEL, J.L. y LABADO SANTIAGO, J.M.; "Los efectos de la irregular contratación laboral por la Administración Pública", *Tribuna Social* nº 13, 1993; MARTÍN PUEBLA, L.E. ; "Trabajadores al servicio de la Administración", *Relaciones Laborales* I/1990, págs.83-106; OJEDA AVILES, A.; "El empleo temporal en las Administraciones Públicas (Una aproximación unitaria)", *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 56, 1987, págs.485-509; LÓPEZ GANDÍA, J.; "Algunas consideraciones generales acerca de los problemas aplicativos del Derecho del Trabajo en la contratación temporal

en efecto, la posición del Tribunal Supremo en esta materia no se ha mantenido en una trayectoria única. Encontramos pronunciamientos del Tribunal de muy variado signo, aunque puede decirse que todos ellos bajo un denominador común que es la preocupación por resolver de un modo satisfactorio el problema acuciante de la temporalidad en la Administración en contraposición a la estabilidad y la permanencia del empleo público. Para valorar adecuadamente la posición que en la actualidad sostiene la jurisprudencia es necesario recordar las distintas etapas de esta evolución jurisprudencial.

### 5.3. La paulatina construcción de una doctrina por el Tribunal Supremo

Una aproximación global a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de contratación temporal irregular de la Administración Pública permite afirmar que no se han producido cambios bruscos de doctrina. Incluso gran parte de los argumentos empleados por el Tribunal en sentencias recientes se pueden encontrar dispersos en pronunciamientos anteriores lo que es señal de que más bien lo que se ha ido produciendo es una matización, o una concreción, de los criterios empleados.

De hecho, existen sentencias que reflejan bien a las claras que el Tribunal es consciente de la falta de criterios inequívocos y se preocupa por ofrecer una reordenación o sistematización de su doctrina precedente<sup>211</sup>. Y es que, verdaderamente, la combinación de los diferentes criterios a veces ha generado una intensa casuística que ha llevado al Tribunal a soluciones distintas dependiendo de en cuál de los argumentos se pusiera mayor énfasis<sup>212</sup>. Pero en fin, lo cierto es que ya desde el principio se advierten en el Tribunal algunas preocupaciones fundamentales. Éstas se dejan ver a lo largo de su abundante jurisprudencia y aquí

---

de la Administración Pública”, *Poder Judicial* nº 3, 1986, págs. 153-158; SALA FRANCO, T.; “La contratación temporal en la Administración Pública”, *Poder Judicial* nº 3, 1986, págs. 159-167.

<sup>211</sup> Véase, por ejemplo, la paradigmática sentencia TS de 18 de julio de 1990 (RJ. 6424). Una última manifestación de esta práctica la encontramos también en la sentencia de 20 de enero de 1998 (RJ.1000).

<sup>212</sup> GODINO REYES, M. *El contrato de trabajo en la Administración Pública*, Madrid, 1996, que apunta esta idea, págs. 218 y ss.

nos atrevemos a enumerarlas.

En línea de principio, el Tribunal no ha dejado de subrayar en todas las ocasiones en que ha sido posible, que un aspecto fundamental de toda esta cuestión estriba en efectuar una *interpretación que integre de una manera satisfactoria los ordenamientos administrativo y laboral*. Consciente de lo complejo que ello resulta, el Tribunal ha tratado de centrar los puntos clave de los intereses prevalentes en cada una de estas dos normativas. El ordenamiento laboral parte de la defensa de la estabilidad en el empleo frente a actuaciones del empresario que tratan de imponer una temporalidad no justificada, se trata de un interés privado fundamentalmente aunque tenga carácter social. El ordenamiento administrativo consagra unos procedimientos de selección que garantizan la igualdad de los ciudadanos en el acceso al empleo público y que, al objetivarse mediante la aplicación de criterios de mérito y capacidad, son garantía también de la eficacia de la Administración Pública al servicio de los intereses generales<sup>213</sup>.

Se percibe también, y sobre todo en las sentencias primeras, el interés en señalar la prioridad que en la cobertura de los puestos de trabajo tienen los funcionarios públicos<sup>214</sup> demostrando así una constante preocupación por el respeto a la *regla general de la preferencia legal del desempeño de funciones públicas por funcionarios públicos*. La consolidación del contrato temporal que pudiera alcanzarse por aplicación del art. 15 ET, no implica, por supuesto, alterar la naturaleza jurídica de la relación laboral transformándola en funcionarial.

Finalmente, y precisamente como consecuencia de lo anterior, destaca cómo desde un principio el Tribunal ha dado muestras de su preocupación por *evitar la*

---

<sup>213</sup> Así por ejemplo las SSTS 24 abril de 1990 (RJ.3490), 20 de enero de 1998 (RJ. 1000).

<sup>214</sup> SSTS de 5 julio de 1986 (RJ. 3954), de 9 de octubre de 1985 (RJ.4697), de 18 marzo 1991 (RJ.1875), entre otras, que vienen a afirmar que la prestación de servicios en un organismo público debe realizarse por funcionarios públicos por lo que no cabría viabilizar un cauce de acceso a los servicios realizados por funcionarios al margen de las pruebas de aptitud regladas por el derecho administrativo.

*adquisición de la cualidad de la fijeza en la plantilla cuando el puesto no ha resultado cubierto con respeto a las reglas de acceso a la función pública.* No son pocas las sentencias del Tribunal que contienen referencias a esta distinción cuando aceptan que sin cubrir puestos de plantilla puedan existir contratos laborales de carácter indefinido<sup>215</sup>. Ello nos permite afirmar que, aunque de manera poco precisa en un principio, el Tribunal ya atribuía relevancia a la cualidad que otorga ocupar un puesto de plantilla. Sin embargo, a pesar de que puedan entresacarse las anteriores líneas fundamentales que permanecen más o menos constantes a lo largo de los años, se pueden identificar las distintas orientaciones en torno a las que se agrupan los sucesivos pronunciamientos del Tribunal.

### *5.3.1 La prevalencia del interés público para negar la conversión de los contratos temporales en indefinidos*

En la década de los ochenta, con una formulación que se mantiene en términos parecidos en todas las sentencias, el Tribunal Supremo se pronuncia por el mantenimiento de la temporalidad pese a las irregularidades en que pudiera incurrir la Administración en la contratación temporal de personal a su servicio. Éstas no transformarán la relación laboral en indefinida por dos razones:

En primer lugar, porque no cabe presumir el fraude de Ley cuando las organizaciones públicas utilizan la contratación temporal para hacer frente a la cobertura de necesidades no permanentes. Éstas pueden hacer uso de los instrumentos que la norma laboral pone a su disposición sin que ello signifique una actuación fraudulenta<sup>216</sup>. Y en segundo lugar, porque la posición jurídica de la Administración es de tal singularidad, que en materia de contratación temporal, esa

<sup>215</sup> Así se puede ver en sentencias dispares en el tiempo como la de 21 de febrero de 1986 (RJ.800), la de 18 de julio de 1990 (RJ.6424) o la de 19 de mayo de 1992 (RJ.3577).

<sup>216</sup> La Sala reitera que el hecho de que los Organismos Públicos recurran a la contratación temporal cuando así lo requieran las necesidades del servicio no constituye fraude de Ley “pese a que se sirvan de este remedio extraordinario de forma sistemática y reiterada” STS de 5 de julio de 1986 (RJ.3954).



conversión supondría la atribución con carácter indefinido de un puesto de trabajo que, de conformidad con el artículo 103.3<sup>217</sup> de la Constitución, debe proveerse con respeto a los principios de mérito y capacidad<sup>218</sup>.

En definitiva, la recepción de la noción de fraude de ley presenta así en el ámbito de la contratación temporal de la Administración importantes matizaciones respecto a la general pues, en estos primeros pronunciamientos, la no conversión en indefinido del contrato temporal irregular significa que la normativa laboral cede frente a las normas legales y reglamentarias que disciplinan el sistema de contratación en la Administración Pública<sup>219</sup>.

### 5.3.2 *Los límites temporales al mantenimiento de la relación laboral: la cobertura reglamentaria del puesto de trabajo*

Sin dejar de recoger en sus fundamentos de derecho las consideraciones hasta ahora expuestas, hay sentencias que consideran que la celebración de un contrato temporal para desempeñar un puesto de trabajo que pertenece a la plantilla de la Administración sin haber sido objeto de una definitiva cobertura reglamentaria, al

---

<sup>217</sup> Vid. algunos de los estudios doctrinales existentes en materia de acceso a la función pública; GARRIDO FALLA, F.; en AAVV, *Comentarios a la Constitución*, Madrid 1980, pág.1042; GARCÍA-TREVIJANO, E.; “Consideraciones en torno al derecho de igualdad en el acceso a la Función Pública”, *Revista de Administración Pública* nº 121, 1990, págs. 247 a 257; LIMÓN LUQUE, M.A.; “La igualdad en el acceso del personal laboral a la Función Pública: Las limitaciones en la aplicación del Derecho del Trabajo”, *Revista de Trabajo*, nº 99, 1990, PULIDO QUECEDO, M.; *El acceso a los cargos y funciones públicas*, Madrid, 1992; CASTILLO BLANCO, F.; *Acceso a la Función Pública; políticas selectivas y control jurisdiccional*, Comares, 1993.

<sup>218</sup> Así queda reflejada, por ejemplo, en la sentencia del TS de 4 de junio de 1986 (RJ.3464) que habla de disposiciones de rígida observancia u obligado cumplimiento de manera que su no cumplimiento supondría una grave lesión a los intereses públicos y un atentado a las expectativas del resto de los ciudadanos que en virtud de los principios de mérito y capacidad, aspiren a ocupar esos puestos. En esta línea vid. entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo (Social) de 9 octubre 1985 (RJ. 4697), de 16 de enero 1986 (RJ.237).

<sup>219</sup> Vid. las sentencias del Tribunal Supremo (Social) de 9 octubre 1985 (RJ. 4697), de 16 de enero 1986 (RJ.237), de 21 de febrero de 1986 (RJ.800), de 24 de abril de 1986 (RJ.2244), de 4 de julio de 1986 (RJ.3949), de 5 de julio de 1986 (RJ.3954), de 2 de marzo de 1987 (RJ.1305), de 9 de abril de 1987 (RJ.2386), de 7 de julio de 1988 (RJ.5772), de 27 de noviembre de 1989 (RJ.8262).

margen de la inadecuación de la modalidad contractual utilizada para su provisión, hace subsistir una situación fáctica de interinidad en sentido amplio que justificaría el mantenimiento de la relación hasta que se produzca esa cobertura definitiva.

Esta orientación responde al convencimiento de que la celebración de un contrato temporal revela la existencia de un puesto de trabajo que es necesario cubrir. Entonces, el Tribunal, modalizando la interpretación del art. 15.1c) ET en su aplicación al ámbito de las administraciones públicas, entendió incluido en el supuesto del contrato de interinidad el celebrado para cubrir, ya no el puesto dejado por un trabajador que ve suspendida su relación laboral con derecho de reserva, sino el puesto que se encuentra vacante sin ninguna adscripción personal. Aunque la irregularidad en la modalidad contractual aplicada no deba transformar la relación en indefinida, el hecho de haber celebrado ese contrato temporal pone de manifiesto la existencia de un puesto de trabajo cuya provisión no se ha efectuado aún por el procedimiento reglamentario. Por eso el contrato realizado subsistirá hasta que el puesto resulte cubierto de forma definitiva en lo que el Tribunal llama “interinidad de hecho”<sup>220</sup>.

### 5.3.3 *La sujeción de la Administración Pública empleadora a la normativa laboral*

Desde luego que, tal como hemos advertido desde un principio, la cuestión de determinar el carácter indefinido o temporal de los contratos de trabajo celebrados por la Administración sin ajustarse a los requisitos propios de la temporalidad no ha resultado ni pacífica ni uniforme en la evolución de la doctrina jurisdiccional. De este modo, se encuentran sentencias que, a pesar de continuar advirtiéndolo que la prolongación de los servicios de los contratados temporales más allá de los límites temporales fijados por las normas no puede servir de trampolín<sup>221</sup> para el acceso a

<sup>220</sup> Este criterio se puede percibir en las sentencias de 7 de febrero de 1990 (RJ.838), de 24 de abril de 1990 (RJ.3490) y de 18 de julio de 1990 (RJ.6424).

<sup>221</sup> STS de 7 de marzo de 1988 (RJ.1864)

cuerpos y plantillas para los que la ley exige la superación de un proceso de selección que respete los principios constitucionales, existen pronunciamientos que señalan con creciente rotundidad que la referida jurisprudencia no exonera a la Administración de la obligación de ajustarse, cuando celebra contratos temporales, a las normas que regulan cada tipo concreto de contrato que se propone concertar. Estas normas generan derechos y obligaciones a quienes están incluidos en su ámbito<sup>222</sup> y su vulneración chocaría frontalmente con el principio de legalidad consagrado en el art. 9.1 de la Constitución<sup>223</sup>.

En este contexto se inscribe la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1991 (1875), que recogiendo la doctrina que venía mantenida hasta ese momento, viene a completarla afirmando, ya sin ambages, que las administraciones públicas deben atenerse y respetar la normativa general, coyuntural y sectorial que regula los contratos temporales en el Derecho del Trabajo.

En torno a las pautas marcadas desde esta importante sentencia se asienta una doctrina que ha sido calificada como intermedia<sup>224</sup> y que pretende ser integradora de las normas constitucionales, legales y reglamentarias que regulan el acceso a la Función Pública y las normas también legales y reglamentarias que regulan la contratación laboral temporal. A partir de este momento se pueden encontrar en abundancia pronunciamientos del Tribunal Supremo que reiterarán a lo largo de la década de los noventa esta doctrina<sup>225</sup>, llamémosla, favorable a la estabilidad<sup>226</sup>.

---

<sup>222</sup> STS de 18 de julio de 1989 (RJ.5873).

<sup>223</sup> STS de 11 de febrero de 1991 (RJ.822).

<sup>224</sup> LEÓN CAVERO, R. A.; y BAL FRANCÉS, E.: "Reflexiones sobre el efecto de las posibles irregularidades presentes en la contratación laboral temporal de las administraciones públicas", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 29 de mayo de 1997, pág.4.

<sup>225</sup> SSTs de 27 de enero de 1992 (RJ.75), de 18 de mayo de 1992 (RJ.3564), de 20 de junio de 1992 (RJ.4602), de 7 de octubre de 1992 (RJ.7621), de 26 de octubre de 1992 (RJ.7842), de 23 de octubre de 1992 (RJ.7676).

<sup>226</sup> Puede resultar muy significativo el siguiente fundamento de derecho de la STS de 6 de mayo de 1992 (RJ.3516): "La especial posición de la Administración respecto a la selección del personal a su servicio no puede, en modo alguno, legitimar, siempre y en todo caso, una inercia en los mecanismos propios de selección que justifique el uso anormal y antirreglamentario de

#### 5.3.4 *La fijeza en la plantilla como condición ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario*

Atendiendo a la propia doctrina jurisprudencial, las conclusiones anteriores favorables a la imposición a la Administración empleadora de la normativa laboral en su integridad, no enervarían el deber de atenerse a los sistemas de contratación que concretan la puesta en práctica de los principios constitucionales de mérito y capacidad. Ello llevó al Tribunal a afirmar que la contratación laboral en la Administración al margen de un sistema adecuado de ponderación de los principios de mérito y capacidad impedía equiparar a los así contratados a los trabajadores fijos de plantilla pues ésta es una condición que se encuentra ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario. Sin embargo, y sin perjuicio de lo anterior, la aplicación de la norma laboral podrá llevar a la consideración, dado el caso, de trabajadores con contrato de trabajo indefinido<sup>227</sup>.

De esta forma se introdujo de manera firme una distinción “crucial”<sup>228</sup> entre trabajadores con contrato indefinido y trabajadores fijos de plantilla<sup>229</sup>. Parece claro que con ella el Tribunal trataba de evitar la igualdad en la posición subjetiva de trabajadores con un contrato por tiempo indefinido por causa de irregularidades sustanciales en su contratación con aquellos trabajadores que llama fijos de plantilla

---

fórmulas sustitutivas de contratación laboral, en manifiesto quebrantamiento de la normativa reguladora de esta última y en notorio perjuicio de las personas que acceden a tal forma de vinculación jurídica. Sostener que tal inercia administrativa puede configurar una esencial temporalidad en las tareas o servicios públicos que se ven afectados por la misma puede resultar claramente abusivo y, en cualquier caso *atentatorio al interés jurídicamente protegible, de seguridad en el empleo del trabajador que es contratado para la atención de dichas tareas o servicios*”.

<sup>227</sup> STS de 7 de octubre de 1996 (RJ.7492).

<sup>228</sup> Así la considera acertadamente BORRAJO DACRUZ, E. “Contratación laboral temporal y Administraciones Públicas: evolución jurisprudencial”, *Actualidad Laboral* nº 18, 1998, pág.390.

<sup>229</sup> Al hilo de esta sentencia que parece abrir alguna clase de diferenciación entre los fijos de plantilla y los indefinidos en la Administración, no han tardado en aparecer reacciones de acogida por la doctrina elaborando y construyendo sobre ella: vid. GOERLICH PESET, J.M. y VEGA LÓPEZ, J.; “¿Una nueva categoría de personal laboral al servicio de la Administración Pública?: los “trabajadores indefinidos no fijos de plantilla”, *Relaciones Laborales* nº 11, 1998, págs. 14-32.

queriendo atribuirles una posición especial ligada al hecho de que su contratación se ha producido por el proceso reglamentario. Así, trabajadores “fijos de plantilla” serán solamente aquellos que hayan accedido como tales tras la superación de las pruebas reglamentariamente establecidas y en el curso del desarrollo de un proceso público basado en los principios de mérito y capacidad.

Esta doctrina ha sido posteriormente reiterada en todos los pronunciamientos del Tribunal sobre este particular<sup>230</sup> que continuaban admitiendo que el incumplimiento de las reglas laborales en materia de contratación temporal puede conducir a la conversión del contrato en indefinido. Pero ese nuevo matiz que diferenciaba la indefinición de la fijeza de plantilla parecía hacer alusión a alguna clase de régimen especial que el Tribunal no acababa de concretar. Y es que tradicionalmente, los términos fijo e indefinido han sido indistintamente utilizados en derecho del Trabajo. Se hacía preciso por ello establecer los criterios sobre los cuales se fundaba esta nueva distinción.

Entre los primeros comentaristas de esta doctrina jurisprudencial, hubo quienes tomando como base esta diferencia, ya distinguieron entre tres situaciones<sup>231</sup>. Por una parte, la de aquellos trabajadores, respecto de los cuales, a pesar de haberse producido irregularidades en su contratación, al ser éstas de pequeña entidad como por ejemplo, meras irregularidades formales y al poder determinarse la plaza ocupada y constar de algún modo que la finalidad del contrato era la cobertura temporal de la misma, permanecerán en esa interinidad hasta que se produzca la cobertura reglamentaria ya que se entiende que la Administración deberá incluir ese puesto en la correspondiente Oferta de Empleo Público<sup>232</sup>.

---

<sup>230</sup> SSTs de 10 de diciembre de 1996 (RJ. 9139), de 30 de diciembre de 1996 (RJ.9864), de 24 abril de 1997 (RJ.3498), de 14 de marzo de 1997 (RJ.2471).

<sup>231</sup> MARTÍNEZ DE LA PEDRAJA ABARCA, A.; “¿Por qué se insiste en enfrentar el derecho laboral con los principios constitucionales de acceso a los puestos de trabajo en la Administración Pública?”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 3 de julio de 1997, pág.2.

<sup>232</sup> En relación con las interinidades por vacante, la Jurisprudencia tiene establecido el criterio de que la relación contractual interina no se convierte en fija por el hecho de que la plaza vacante

Por otra parte, estaría la situación de los trabajadores cuyo contrato se ha convertido en indefinido porque adolecía de irregularidades esenciales. En estos casos, también la Administración estará obligada a incluir sus puestos en la correspondiente Oferta de Empleo Público para proceder a su cobertura de la forma reglamentaria, sin embargo, la diferencia con respecto a los trabajadores interinos será que en este último caso, una vez cubierta la plaza con arreglo a lo establecido en las normas que disciplinan el acceso, en el bien entendido de que no haya resultado seleccionado el mismo trabajador afectado, éste verá extinguirse su contrato percibiendo una indemnización<sup>233</sup>.

Por último, trabajadores “fijos de plantilla” serán solamente aquellos que han accedido a su plaza tras los oportunos procesos de selección establecidos al efecto. Como es lógico, la Administración no podrá incluir en su Oferta de Empleo Público las plazas que se hallen cubiertas con trabajadores fijos de plantilla. De manera que desde las posiciones doctrinales comentadas, la predicada integración de normas laborales y administrativas se resumiría en asegurar el derecho a la indemnización que tiene el trabajador indefinido. Trabajador que, necesariamente desde esta óptica, debe cesar una vez cubierta su plaza con arreglo al procedimiento reglamentario. Esta posibilidad ha sido respaldada ulteriormente no sin advertir lo conflictivo de

---

no fuese incluida en la oferta pública de empleo. Vid. SEMPERE NAVARRO, A.V. y QUINTANILLA NAVARRO, R. Y.; “La contratación laboral en las administraciones públicas”, *Cuadernos de Aranzadi Social*, nº 17, 2003, pág. 107, con cita en contra de las SSTSJ Canarias, Santa Cruz de Tenerife 19 de abril 1995 (AS.1453), Castilla y León, Valladolid 20 de junio 1995 (AS.2348), en las que se considera que ante la inexistencia de Oferta Pública de Empleo, se produce un fraude de Ley que convierte el contrato de interinidad por vacante en contrato indefinido.

<sup>233</sup> Cuando la persona que resulte seleccionada ocupe la plaza, se cesará al trabajador con la indemnización legal correspondiente. Quienes esto sostienen consideran que con el pago de la indemnización “se respeta y se aplica el Derecho laboral en su plenitud al mismo tiempo que no se defrauda el derecho de los demás ciudadanos de acceder a los puestos de trabajo en el sector público”, vid. MARTÍNEZ DE LA PEDRAJA ABARCA, A. “¿Porqué se insiste en enfrentar el derecho laboral con los principios constitucionales de acceso a los puestos de trabajo en la Administración Pública?”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 3 de julio de 1997, pág.2.

esta nueva diferenciación recientemente introducida<sup>234</sup>.

Pocos comentaristas han realizado el esfuerzo de tratar de ajustar esta diferenciación conceptual con la realidad peculiar que presenta la contratación efectuada por la Administración pública. Pero quienes lo han hecho<sup>235</sup> han contribuido enormemente en la tarea de explorar caminos poco transitados hasta el momento que apuntan en la dirección de conciliar la lógica de ordenación de los recursos humanos en la Administración con la aplicación de la norma laboral. Desde esta perspectiva es preciso señalar cómo el propio Tribunal, al matizar o precisar su doctrina anterior, expresamente destaca que tal matización no incide en la calificación de la modalidad contractual sino “en la calificación de la posición subjetiva del trabajador en la Administración”. Esto es una pista clara de que una cosa es que el contrato pueda ser indefinido y otra bien distinta cuál sea la posición subjetiva de los trabajadores en la administración de que se trate. Es claro que no se puede equiparar a trabajadores fijos de plantilla a aquellos que han obtenido la condición de indefinidos por un procedimiento distinto al reglamentariamente establecido<sup>236</sup>.

Ahora bien, llegado este punto, se corría el riesgo de que esta recién introducida diferencia acabara reducida a una vana distinción conceptual de la que no se puedan extraer apenas consecuencias prácticas relevantes. En el otro extremo, por su parte, ante la falta de concreción se encuentra el riesgo de que la diferencia entre indefinidos-fijos de plantilla en la Administración se utilice de un modo

---

<sup>234</sup> Vid. MERCADER UGUINA, J.R.; “Problemas de la contratación temporal en la doctrina jurisprudencial reciente” *Contratación y Consumo*, Valencia 1998, pág. 204.

<sup>235</sup> GOERLICH PESET, J.M. y VEGA LÓPEZ, J.; op. cit. “¿Una nueva categoría...”.

<sup>236</sup> “la falta de superación del oportuno procedimiento reglamentario de acceso hace que estos trabajadores no puedan tener el mismo tratamiento jurídico que el resto del personal laboral del organismo público que sí reúne esta condición”, GOERLICH PESET, J.M y VEGA LÓPEZ, J.; op. cit. pág.10. Vid. también, en un comentario sobre la citada distinción; DE SANDE PÉREZ-BÉDMAR, M.; “Trabajadores indefinidos no fijos de plantilla: la incidencia de la norma administrativa en la contratación temporal irregular de la Administración Pública”, *Revista de Derecho Social*, nº 4, 1998, págs. 95 a 117.

distorsionado. Ya se ha señalado cómo, al hilo de la misma, algunos organismos públicos se han apresurado a incluir en sus catálogos al personal indefinido “no de plantilla”. También encontramos en convenio colectivo ejemplos de equiparar a las dos clases de personal<sup>237</sup>.

Así las cosas, el Tribunal Supremo tuvo oportunidad de volver sobre toda esta doctrina para precisarla. Así lo hizo en las sentencias de 20 y 21 de enero de 1998 (1000 y 1138) que muestran el alcance que la Sala quería otorgar a la referida diferencia entre fijos e indefinidos en la Administración.

#### *5.3.5 La cobertura reglamentaria de la plaza ocupada como causa lícita de extinción del contrato*

Se ha señalado que las sentencias citadas, dictadas en Sala General por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, rompen con la doctrina que hasta ese momento se venía manteniendo de forma continuada<sup>238</sup>. Es claro que en ellas el Tribunal se pronuncia ya abiertamente en favor de la extinción del contrato de trabajo una vez producida la cobertura reglamentaria del puesto de trabajo. Sin embargo, no es la primera vez que encontramos las citadas conclusiones en una sentencia del Tribunal Supremo. Hemos destacado al principio que en toda su Jurisprudencia sobre este tema se dan unas líneas constantes que reflejan la posición del Tribunal en el asunto y que bien pueden servir como anticipo de la solución a que ha llegado en enero de este año<sup>239</sup>.

<sup>237</sup> Orden de 12 de mayo de 1997, relativa al personal laboral del INEM, o la DTª 7ª del Convenio Colectivo del personal laboral del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, INEM y FOGASA (RDGT de 26 de noviembre de 1997, BOE de 4 de diciembre). Prácticas estas recogidas por J.M. GOERLICH PESET y J. VEGA LÓPEZ en su citado trabajo.

<sup>238</sup> Vid. GARRIDO PALACIOS, J; “Dos nuevas sentencias del Tribunal Supremo sobre la interinidad indefinida del personal laboral de las Administraciones Públicas”, *Revista de Derecho Social*, nº 2/1998, pág. 183.

<sup>239</sup> De nuevo valga un paradigmático ejemplo que encontramos en la STS de 19 de mayo de 1992 (RJ. 3577), esta sentencia que se dicta bajo la convicción de la plena vinculación de la Administración a la norma laboral, acepta la conversión en indefinido del contrato en supuestos especiales pero *sin cubrir puestos de plantilla*. En definitiva, en esta sentencia se recoge el criterio de que deben aplicarse las reglas sobre interinidad, vinculando la duración de la prestación a la



En cualquier caso, la sentencia de 20 de enero de 1998 es importante por el mayor grado de concreción al que llega y porque efectivamente lo hace después de repasar su propia doctrina jurisdiccional. Una vez más se recuerda la necesidad de efectuar una interpretación integradora de disposiciones laborales y administrativas que obedecen a objetivos y principios inspiradores distintos. A tal efecto el Tribunal señala de nuevo la especial posición de la Administración en materia de contratación laboral: vuelve a reiterar la existencia de un proceso reglamentario para la selección del personal de la Administración ya sea éste laboral o funcionario y las reglas imperativas que garantizan que la selección debe someterse a los principios de igualdad, mérito y publicidad. Asimismo cita el principio de reserva general a favor de la cobertura funcional de los puestos de trabajo y el carácter excepcional que reviste, ya no la contratación laboral cuyos supuestos aparecen relacionados en el texto legal<sup>240</sup>, sino dentro de ella, la contratación temporal. También sabemos que las anteriores consideraciones habían llevado al Tribunal a decir que las consecuencias de la contratación temporal irregular pueden implicar la consideración de ese contrato como indefinido pero nunca equipararlo a la condición de fijo en la plantilla.

Hasta este punto, ninguno de los argumentos señalados es novedoso en la doctrina jurisdiccional. Pero el punto de inflexión que se contiene en estas sentencias de 20 y 21 de enero son las consecuencias que para la Sala tiene la citada distinción entre trabajadores indefinidos y trabajadores fijos de plantilla.

Para el Tribunal el carácter indefinido del contrato no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, la condición de fijeza en la

---

cobertura definitiva de la plaza que implicará el cese del interino tan pronto la vacante se cubra.

<sup>240</sup> Estos son los puestos de naturaleza no permanente, las actividades propias de oficios y de vigilancia y custodia, puestos de carácter instrumental en áreas específicas, los correspondientes a áreas de actividades que requieran conocimientos especializados cuando no existan cuerpos de funcionarios con preparación específica y los puestos de trabajo en el extranjero.(art.15.1 Ley 30/1984)

plantilla. Por ello, el organismo público afectado está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del puesto de trabajo y, producida esa provisión, existirá una causa lícita para extinguir el contrato.

Esta conclusión del Tribunal rompe en un punto fundamental con la regla que se había establecido como sanción para los supuestos de extinción de estos contratos temporales irregulares la indemnización o la readmisión. Ahora, según se desprende de la conclusión del Tribunal, la cobertura reglamentaria de la plaza ocupada parece suponer la extinción del contrato sin derecho a percibir ninguna indemnización<sup>241</sup>.

No obstante, son varios los aspectos que resultan destacables con respecto a las afirmaciones contenidas en el razonamiento jurídico de estas sentencias de 20 y 21 de enero. Por un lado, llama la atención la rotundidad empleada por el Tribunal al afirmar que la administración *está obligada* a la cobertura reglamentaria de la plaza. En segundo lugar, en el caso de que la plaza se ocupe de conformidad con lo previsto reglamentariamente, cabría además preguntarse si tal cobertura debe suponer necesariamente la extinción del contrato y si la reiterada diferencia entre trabajadores indefinidos y trabajadores fijos de plantilla puede arrojar alguna luz sobre esta delicada cuestión. Sobre estos aspectos se centran los epígrafes que siguen.

En la LMRFP de 1984 se introdujo un instrumento pensado para dar racionalidad a los procedimientos de selección del personal. La Oferta de Empleo Público comprende, según el tenor literal del artículo 18.4 de la citada Ley, “las necesidades de recursos humanos con asignación presupuestaria que no puedan ser cubiertas con los efectivos de personal existentes”. En realidad, la oferta de empleo público aparece, más que como un trámite en el proceso de selección, como un presupuesto necesario del mismo<sup>242</sup> ya que la Ley indica que las administraciones

<sup>241</sup> GARRIDO PALACIOS, J.; op. cit. pág. 185.

<sup>242</sup> DE VICENTE DOMINGO, R.; *El puesto de trabajo en el derecho de la función pública*,

públicas seleccionan a su personal, ya sea funcionario, ya laboral, de acuerdo con su oferta de empleo, (artículo 19.1 LMRFP).

Pese a que en un principio se consideraba obligada la introducción en la oferta de todas las plazas vacantes con el compromiso de convocar las correspondientes pruebas selectivas antes del primer trimestre del año natural, desde la Ley 4/1990, de 29 de junio, la Administración no está obligada a ofertar todas las vacantes, sólo las que considere convenientes. Esta medida se justifica por la necesidad de controlar el volumen de personal y ajustarlo a la carga de trabajo de las administraciones<sup>243</sup>.

Esta búsqueda del redimensionamiento de las plantillas de personal que se percibe en las sucesivas leyes presupuestarias, pone de manifiesto el importante papel que como elemento de planificación de los recursos humanos, ha cumplido la oferta de empleo público. El riesgo se halla, sin embargo, en la dificultad de tener un conocimiento real y no fragmentario de las necesidades de efectivos. Por ejemplo, un dato relevante es que la oferta no contiene apenas previsiones acerca del volumen de empleo precario lo que agudiza la tendencia natural a “convertir” necesidades permanentes en temporales empleando formas jurídicas de reclutamiento temporal. El empleo fijo y el temporal son dos vertientes de un mismo problema del que se ha señalado que debería ser abordado desde una perspectiva general que permita concluir si el volumen de personal del que se ha dotado la Administración es el adecuado porque si esto último no es así, la organización acaba

---

Valencia 1997, pág.133.

<sup>243</sup> Es significativa la evolución legal de este precepto. El primitivo artículo 18 de la Ley 30/1984, recogía la obligación de que la Oferta de Empleo Público contuviera necesariamente todas las plazas dotadas presupuestariamente que se hallasen vacantes. Este artículo fue modificado por la Ley 4/1990, de 29 de junio, que regula actualmente la Oferta de Empleo Público permitiendo a las administraciones públicas la inclusión tan solo de las plazas vacantes dotadas cuya previsión se considere necesaria. En sintonía con lo anterior, el artículo 7 del vigente Reglamento General de Ingreso, RD 364/1995, de 10 de marzo, especifica que las necesidades de recursos humanos que no puedan ser cubiertas con el personal existente serán objeto de Oferta de Empleo Público, siempre que exista crédito presupuestario y se considere conveniente su cobertura.

buscando fórmulas de conversión del empleo temporal en empleo estable<sup>244</sup>.

En cualquier caso, nótese la estrecha relación existente entre la Oferta de Empleo Público y la política presupuestaria. Sólo las plazas que estén dotadas presupuestariamente y que figuren en las correspondientes Relaciones de Puestos de Trabajo podrán ofertarse. Es reseñable, además, que las últimas leyes de presupuestos son restrictivas en la materia y llevan a cabo una regulación de la oferta de empleo público muy coyuntural atendiendo sobre todo a la tasa de reposición de efectivos y a los sectores en los que la provisión de personal resulta indispensable<sup>245</sup>.

Por otra parte, la oferta de empleo público tiene un valor jurídico que va más allá de lo meramente informativo. Es un acto administrativo que pese a no crear derechos sí crea legítimas expectativas que no pueden dejar de satisfacerse, vincula a la Administración que la aprueba lo cual debería suponer la convocatoria de los procedimientos selectivos de acceso a las plazas vacantes contenidas en ella que tiene carácter anual.<sup>246</sup> Sin embargo esto no siempre se realiza puntualmente, otro dato que debe sumarse a la amplia discrecionalidad que existe para apreciar la conveniencia de la cobertura de una plaza.

De manera que si la política de personal y la presupuestaria se encuentran en una estrecha relación de tal forma que no pueden crearse plazas de empleo

---

<sup>244</sup> Así lo señala PALOMAR OLMEDA, A.; resultando muy interesantes sus reflexiones sobre recursos humanos y gastos de personal, vid. págs.46 y ss. *Planificación de los recursos humanos en el ámbito público*, Madrid 1997.

<sup>245</sup> Hasta ahora, momento en el que la tónica de la oferta de empleo ha cambiado y se ha visto ampliada, veamos el artículo 19 de la Ley 65/1997, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1998, (BOE 313, 31-12-97), que en el apartado primero restringe la convocatoria de plazas de nuevo ingreso de personal a los sectores, funciones y categorías profesionales "absolutamente prioritarios" o que afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales. Pero, en todo caso, el número de plazas de nuevo ingreso deberá ser inferior al 25 por 100 de la tasa de reposición de efectivos.

<sup>246</sup> De ahí que el artículo 9 del Reglamento General de Ingreso ordene que, una vez aprobada la Oferta de Empleo Público, los departamentos "procederán a la convocatoria de los procedimientos selectivos de acceso para las vacantes previstas de dichos puestos"

público<sup>247</sup> que no estén dotadas presupuestariamente, si a pesar de que el puesto esté creado y figure en las correspondientes Relaciones de Puestos de Trabajo la conveniencia de su cobertura encierra una amplia discrecionalidad<sup>248</sup>, y si a estas últimas observaciones les añadimos, como veíamos más arriba, el hecho de que la oferta de empleo no tiene porqué incluir la totalidad de las plazas dotadas vacantes, concluimos que la Administración no está obligada a disponer las medidas necesarias para la cobertura de todas las vacantes.

Es esta una materia que entraría de lleno dentro de sus facultades de gestión de la plantilla<sup>249</sup>. Es posible interrogarse sobre hasta qué punto es posible que los Tribunales señalen la obligación de proceder de un determinado modo que no se encuentra recogido expresamente en ningún texto legal, aunque las últimas previsiones legales referidas a los funcionarios interinos así como el contenido de lo pactado en el Acuerdo Administración-Sindicatos para el periodo 2003-2004, se inscriben en la línea de corregir la absoluta discrecionalidad administrativa en orden al impulso de la cobertura de ciertas plazas desempeñadas por personal interino durante un determinado periodo de tiempo<sup>250</sup>.

---

<sup>247</sup> Nótese cómo utilizamos la noción de empleado público en el sentido de tratarse indistintamente de funcionarios y laborales con la nota común de prestar sus servicios bajo la dependencia de la Administración Pública.

<sup>248</sup> Criticando esta facultad de no convocatoria, vid. DE VICENTE DOMINGO, R.; op. cit. pág. 135, que ha señalado la conveniencia de limitarla a un solo año apuntando que en caso contrario debería acordarse la amortización del puesto.

<sup>249</sup> PALOMAR OLMEDA, A.; destaca el predominio absoluto de la política económica sobre el resto de políticas, y considera acertada la creciente tendencia de la normativa de función pública a considerar las necesidades de planificación no como un mero elemento retórico sino como resultado de un examen acerca de las necesidades de las organizaciones; *La planificación de los recursos humanos en el ámbito público*, Madrid 1997, pág.51.

<sup>250</sup> De manera reciente, se han ido deslizando en determinados preceptos legales, previsiones correctoras que imponen la obligación de incluir en la Oferta de Empleo Público, las plazas cubiertas durante más de un año con funcionarios interinos salvo algunos supuestos determinados. Se trata de una previsión que se dirige a frenar los abusos en la utilización de la figura de estos funcionarios de empleo introducida a raíz de la reforma que lleva a cabo el art. 54 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre. En esta misma línea debe situarse la previsión que se ha incluido en el Acuerdo Administración-Sindicatos para el periodo 2003-2004 que, reconociendo la necesidad de aumentar la estabilidad del personal dispone que será preciso incluir en la Oferta Pública de Empleo todos los puestos y plazas desempeñados por interinos nombrados o contratados durante los dos ejercicios anteriores.

#### **5.4. La cobertura reglamentaria de la plaza y la extinción del contrato: los límites de la interinidad por vacante**

A pesar de que no comparto enteramente o por lo menos matizaría algunos aspectos relativos a la distinción entre trabajadores fijos e indefinidos contenidos en el voto particular formulado a la sentencia de 20 de enero de 1998, como tendré oportunidad de señalar en páginas posteriores, sin embargo, comparto en su integridad las consideraciones que el citado voto particular contiene en su fundamento cuarto referidas a la provisión reglamentaria de la plaza como causa lícita para extinguir el contrato. Siguiendo lo expresado en el voto particular, no se comprende el sentido de calificar como indefinido un contrato que tiene prevista una causa de extinción cual es la cobertura reglamentaria de la plaza. En dicho contrato parecen concurrir más bien los elementos configuradores del contrato de interinidad por vacante.

De modo que vuelve a plantearse la cuestión referente a la naturaleza de este contrato indefinido. Hay que diferenciar entre el interino por vacante, modalidad contractual sujeta a su propia normativa que, por otra parte, como tendremos ocasión de señalar, es restrictiva, y el trabajador indefinido como consecuencia de irregularidades sobrevenidas en su contratación. Este último es un contrato cuya indefinición, una vez declarada, sólo puede significar una duración no sometida a término cierto o a condición resolutoria ninguna como no sean los propios y comunes avatares a los que se enfrenta cualquier contrato indefinido sujeto como éste a la legislación laboral.

Por su parte, el contrato de interinidad por vacante es una figura contractual de creación en un principio exclusivamente jurisprudencial que respondía a las concretas necesidades de mantener cubierto un puesto de trabajo en tanto se producía su cobertura definitiva. Tal supuesto de interinidad aparecía en escena de

una manera paralela a la tradicional figura de la interinidad por sustitución y en realidad venía a ampliar más allá de lo expresamente contemplado en la Ley, los supuestos causales que amparaban el recurso a este tipo contractual del art.15 ET. En efecto, desde los años ochenta, la jurisprudencia había admitido la celebración de esta modalidad contractual temporal en el ámbito de las administraciones públicas para cubrir vacantes pendientes de su cobertura definitiva<sup>251</sup>.

Dicho uso se recogió posteriormente en la Ley de Empresas de Trabajo Temporal en 1994<sup>252</sup> y más tarde por el Reglamento en desarrollo del art.15, (RD 2546/94), que vino a procurar finalmente regulación normativa a una figura contractual que hasta entonces se movía dentro de las incertidumbres y claroscuros de la creación jurisprudencial. Y ello aunque la regulación ofrecida desde los correspondientes preceptos reglamentarios, se haya distanciado en algunos aspectos más que notablemente, de los contornos diseñados a través de la doctrina del Tribunal Supremo<sup>253</sup>. En el momento actual, el contrato de interinidad, en su modalidad de interinidad por vacante, se halla regulado en el artículo 4 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre por el que se desarrolla el artículo 15 ET en materia de contratos de duración determinada.

En el RD se extiende al ámbito de la empresa privada, lo que empezó siendo una posibilidad propia de la Administración Pública. De esta manera, en la regulación reglamentaria del contrato de interinidad por vacante se produce una

---

<sup>251</sup> Entre las modalidades contractuales que pueden utilizar las administraciones públicas se incluyó el contrato de interinidad que en el contexto de la administración sanitaria sobre todo se utilizó con la finalidad de dar cobertura transitoria a las plazas vacantes en tanto éstas no fuesen definitivamente ocupadas por el personal laboral fijo o por personal funcionario. Vid. STS de 27 de marzo de 1992 (RJ. 1880).

<sup>252</sup> Como una de las posibilidades de celebración de contratos de puesta a disposición en el artículo 6 de la citada disposición legal. Actualmente, la redacción dada por la Ley 29/1999 de reforma de la Ley 14/1994 LETT remite al artículo 15 del ET, pues podrán celebrarse contratos de puesta a disposición entre una empresa de trabajo temporal y un empresa usuaria en los mismos puestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de duración determinada (ART. 6.2).

<sup>253</sup> Como apuntó RODRÍGUEZ RAMOS, P.T.; *El contrato de interinidad por vacante*, Valencia, 1996. págs. 37 y 38.

ampliación del ámbito de contratación. Otro muy importante aspecto que la regulación reglamentaria ha variado, es que el hecho causante de la interinidad se ha restringido notablemente. Así, hasta la promulgación del primer reglamento según la construcción jurisprudencial, la contratación podía tener lugar siempre que existiera la vacante. En la normativa reglamentaria ya va aparecer la exigencia de que el hecho causante de la interinidad por vacante es la existencia de una vacante necesariamente ligada al proceso de selección dirigido a la cobertura de la misma. No otra cosa se podría extraer del propio tenor literal del art.4.1 del RD 2720/1998 cuando prevé la contratación para cubrir temporalmente un puesto de trabajo *durante* el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva. Esto supone, como decimos, una clara restricción del ámbito material de supuestos causales. No se trataría sólo de que existiera una vacante sino que la misma además deberá poder ser relacionada con un proceso de selección ya en marcha<sup>254</sup>. Por lo tanto, en conexión con lo que en estas líneas se analiza, es claro que el contrato indefinido que se perfiló inicialmente en la sentencia de 21 de enero de 1998 no se ajustaba ni se podía ajustar a los parámetros de la interinidad por vacante.

En efecto, la extinción del contrato tras la cobertura de la plaza supondría la configuración de ese contrato, no como indefinido, sino como un contrato sometido al cumplimiento de una condición (que sería la provisión en la forma legalmente procedente) que concurrirá en el caso de que el departamento o instancia pública afectada, haciendo uso de su libre facultad, haya optado oportunamente por proveer esa cobertura.

Ya no estaríamos, desde luego, dentro de los parámetros dibujados desde la Ley (art.15.1,e) y el Reglamento (art.4 y concordantes) que regulan un contrato de interinidad por cobertura de vacante en unos términos restrictivos y vinculado como

---

<sup>254</sup> La existencia de críticas doctrinales en su momento frente a esta restricción operada por el RD pone de manifiesto que no se trata de una cuestión que esté exenta de problemas. Vid. LÓPEZ GÓMEZ, *El régimen jurídico del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas*, Madrid 1995, págs.319 y ss.



hemos visto a un proceso de selección *ya iniciado*. Estaríamos dejando a la voluntad unilateral de la Administración la facultad, ya no de convocar las plazas en atención a la conveniencia en la gestión de sus recursos humanos lo cual está perfectamente justificado, sino la libertad de mantener la interinidad de un trabajador “indefinidamente” amenazado por la eventual resolución de su contrato como consecuencia de la cobertura de su puesto tras un proceso de selección cuya puesta en marcha depende, como hemos visto, del solo juicio de conveniencia del órgano público afectado. Todo ello además de lo cuestionable que resulta la introducción de un tercer género de contrato no sostenido en ningún texto normativo.

Es claro que la existencia de una condición resolutoria se compadece mal con la idea de indefinición del contrato, no se entiende entonces lo que el Tribunal ha querido decir afirmando que el carácter indefinido del contrato implica que desde una perspectiva temporal éste no está sometido directa ni indirectamente a término.

### **5.5. La diferencia entre trabajadores indefinidos y trabajadores fijos de plantilla en la Administración Pública**

La idea de establecer una diferencia entre los trabajadores fijos de plantilla y los trabajadores cuyo contrato es indefinido como consecuencia de irregularidades graves en su contratación, encierra posibilidades interpretativas muy útiles para conciliar la aplicación de la norma laboral y la administrativa orientada cada una de ellas a satisfacer un interés bien distinto. Es posible que la tan mencionada especialidad de la contratación de las administraciones públicas se cifre, más que en la prevalencia de la norma administrativa sobre la laboral de general aplicación, en la necesaria convivencia y plena vigencia de ambas. Por el contrario, la solución a la que llega el Tribunal Supremo en estas últimas sentencias no sólo cierra en falso el debate imposibilitando salidas más imaginativas, sino que no parece ir más allá de ofrecer una solución que ya había sido apuntada en sus sentencias anteriores y que fue el origen de la figura contractual de la interinidad por vacante.

Hay una cuestión, relativa a la pretendida diferencia entre trabajadores indefinidos y fijos de plantilla en la Administración, que sin perjuicio de compartir el contenido del voto particular de la sentencia de 20 de enero de 1998 formulado por cinco magistrados de la Sala, me lleva a discrepar de él en lo relativo a este concreto aspecto. Porque en el voto particular se sostiene que no hay diferencia relevante entre una y otra expresión ya que ambas reflejan la naturaleza de la vinculación con la empresa que está marcada por la firmeza o fijeza en contraposición a la temporalidad<sup>255</sup>. Cuando esto se afirma es porque se está relacionando ambas expresiones con la clase de vínculo contractual y no con la plaza que se desempeña. Sin embargo, conviene detenerse en el significado que una y otra expresión pueden tener en el contexto de una Administración Pública empleadora pues la posibilidad de que existiera una diferencia entre ambas figuras puede resultar de gran utilidad.

Ciertamente, en el contexto de las relaciones laborales en la empresa privada, cuando se habla de trabajador “fijo” se está haciendo referencia a su particular conexión con la empresa que en ese caso revestirá las notas de permanencia y de indefinición. No se puede decir que ello esté referido a la relación del empleado con el puesto que ocupa. Pero no ocurre así en el empleo público tratándose de una

---

<sup>255</sup> Además, el voto particular especifica que la sentencia de la que discrepa se aleja de la doctrina del Tribunal sobre la materia, que consagra una línea jurisprudencial según la cual los artículos 19 de la Ley 30/84 y el artículo 103.2 de la Constitución no impiden la aplicación en la Administración de las normas específicas del Derecho del Trabajo. En opinión del magistrado que lo formula, la Sala con esta sentencia se aparta injustificadamente de una línea jurisprudencial consolidada. El voto particular argumenta a favor de la estimación íntegra de las pretensiones de los demandantes mediante el reconocimiento de la fijeza de sus contratos. Para ello, se apoya en las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado que permiten la realización de contratos con cargo a los créditos de inversión y expresamente remiten el proceso de contratación temporal-eventual a lo dispuesto en la norma laboral al mismo tiempo que señalan la necesidad de evitar incumplimientos de los que pudieran derivarse derechos de permanencia del personal. El voto particular sostiene que el legislador español admite totalmente la posibilidad de que los contratos laborales concertados por las administraciones públicas como temporales, se conviertan en permanentes o fijos, por incumplimiento de los mandatos que con respecto a esa contratación temporal impone el derecho del trabajo pues, de no ser así, el legislador no hablaría de “derechos de permanencia”.

empleadora tan peculiar como resulta ser la Administración Pública. Por una parte, debido a forma de provisión de los puestos de trabajo en la Función Pública. Por otra, debido a la especial posición que en este contexto adquiere el empleado tras la adscripción a su puesto de trabajo<sup>256</sup>.

La cualidad de la fijeza en la plantilla se cifra en el derecho al puesto de trabajo, lo cual genera en favor del empleado el derecho a no ser desplazado arbitrariamente del puesto que ocupa tras su provisión reglamentaria. La Administración Pública encuentra reducida en este aspecto su discrecionalidad en comparación con el margen del que dispone el empleador privado pues no existe en el ordenamiento jurídico laboral un derecho al puesto de trabajo, sino simplemente un derecho a ostentar determinada categoría profesional o un derecho de pertenencia a un grupo profesional.

Por el contrario, la “inamovilidad” encuentra su razón de ser en el ámbito público y está especialmente referida a la plaza que se ocupa pues es con respecto a ella como se reconoce su existencia<sup>257</sup>. En este contexto, entiendo acertado diferenciar entre empleo fijo y plaza fija<sup>258</sup>. Todo ello representa la traducción de la

---

<sup>256</sup> Debe destacarse, a este respecto, el derecho al cargo, que se enmarca dentro de lo que M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, 1996, pág.187, llama derechos funcionales. Pues bien, este derecho implica no sólo la facultad de ejercer las funciones propias del puesto de trabajo que se ocupa o que se desempeña sino que tiene además otro significado como es el de no poder ser removido del puesto si no es con las garantías previstas en las normas. Esta es una garantía que tradicionalmente se viene considerando desde la óptica del aseguramiento de la necesaria imparcialidad del empleado público y que ha traído como consecuencia una concepción quizá excesivamente “patrimonialista” del puesto de trabajo en la Administración; si bien es cierto que actualmente, se observan movimientos flexibilizadores introducidos al contemplarse la posibilidad de la reasignación de efectivos como consecuencia de un Plan de Empleo, la movilidad forzosa...etc.

<sup>257</sup> Por otra parte, la selección del personal laboral en la Administración Pública se produce efectivamente con relación a un puesto de trabajo, no se produce el ingreso de este personal como el ingreso de los funcionarios el cual se realiza en un cuerpo o escala.

<sup>258</sup> Muy recientemente, OJEDA AVILES, A.; ha señalado la importancia de tal distinción pues, al separar el contrato de la plaza ocupada, nos situamos “en la misma frontera entre relación funcional y relación orgánica, la una perteneciente al Derecho del Trabajo, la otra al Derecho Administrativo.” *Los acuerdos de estabilización del personal temporal en las administraciones públicas*, Comares, 1998, pág.145

lógica del derecho funcional a las relaciones laborales en el sector público<sup>259</sup> y desde esta óptica sí tiene relevancia la diferencia entre trabajadores fijos de plantilla y trabajadores indefinidos.

Los trabajadores cuya relación laboral con la Administración se haya consolidado a consecuencia de irregularidades en su contratación tales que hayan generado derechos de permanencia, podrán ser trabajadores indefinidos pero, como no tienen derecho al puesto de trabajo al no haber accedido a él según el procedimiento reglamentario, no serán considerados fijos de plantilla. Yo entiendo que esta circunstancia puede dar de sí lo suficiente como para permitir el planteamiento de alternativas a la extinción del contrato indefinido como consecuencia de la cobertura reglamentaria de la plaza.

### **5.6. La extinción del contrato indefinido no fijo de plantilla**

Uno de los aspectos más controvertidos del régimen jurídico del contrato indefinido no fijo de plantilla es la extinción del contrato como consecuencia de la cobertura reglamentaria de la plaza. El Tribunal Supremo, en su sentencia de 20 de enero de 1998, consideraba que esta cobertura constituiría una causa lícita para extinguir el contrato, pero no realizaba más precisiones, las consecuencias prácticas que de la decisión extintiva se derivaban estaban aún por determinar, pudiendo ser estas de muy variado alcance. En la misma línea ha continuado discurriendo el sentido de la jurisprudencia<sup>260</sup> aunque como afirmábamos en las líneas anteriores, con esta doctrina jurisprudencial continuaban abiertas algunas cuestiones importantes.

---

<sup>259</sup> En este sentido, vid. LÓPEZ GÓMEZ, J. M.; *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1995. Este autor considera que las restricciones a la remoción del puesto de trabajo son una reducción de la discrecionalidad, una autolimitación posiblemente fundada en el principio constitucional de objetividad", pág.334

<sup>260</sup> Vid. STS de 9 de julio de 2001.

Ya se han señalado los impedimentos que existen para poder reconducir ese contrato indefinido no fijo de plantilla hacia la figura de la interinidad por vacante. Además, no puede afirmarse la existencia de una obligación de la Administración de adoptar medidas para la provisión regular del puesto de trabajo ocupado por el trabajador indefinido no fijo de plantilla pues la adopción de dichas medidas se halla dentro de la discrecionalidad que la Administración posee en la organización de sus recursos humanos. En definitiva, la ausencia de cualquier referencia al tipo de extinción, parecía estar construyendo una figura contractual de interinidad indefinida al margen de la actuación del legislador.

Se crea con ello una situación contractual de duración incierta o indeterminada en el tiempo. Pero, una vez producida, en el momento que sea, la citada cobertura, ¿cuál es la causa lícita que justifica la extinción?, ¿se pensaba en una extinción por razones técnicas u organizativas? Téngase en cuenta que sobre todo a raíz de las últimas reformas laborales, los empresarios cuentan con una más amplia capacidad de decisión sobre sus plantillas de trabajadores y sobre la adopción de medidas de redimensionamiento de las mismas pero queda por determinar si dichos planteamientos, en concreto, si el despido por razones no disciplinarias es o no admisible en la Administración Pública.

Desde luego es evidente que la Administración como sujeto interviniente en el ámbito del Derecho del Trabajo puede valerse de los instrumentos jurídicos que éste pone a su disposición pues sobre el papel no existe un derecho del Trabajo diferente según la naturaleza jurídico privada o jurídico pública del sujeto empleador. No obstante, desde un plano operativo, la admisión de la posibilidad de utilización del despido por causas económicas u objetivas plantea debates en la doctrina que aún permanecen vivos y todo ello se ha producido, en muy buena medida, con ocasión de la interpretación de la referenciada jurisprudencia.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de señalar<sup>261</sup> que la existencia de diferencias entre los dos regímenes (funcionario y laboral), no vulnera el principio de igualdad, legitimando las diferencias por la existencia de elementos diferenciales entre ambos regímenes que las justifican. Sin embargo, la utilización de estas medidas de despido por la Administración introduciría diferencias de trato difícilmente justificables incluso desde la óptica de la existencia de dos regímenes jurídicos distintos porque implicaría la existencia de un modelo diferente en relación a la estabilidad en el empleo según cual sea el estatuto jurídico del personal. Esta diferencia de trato se presenta aún menos justificable si se tiene en cuenta alguna circunstancia, que ya ha sido analizada en este trabajo, cual es la confusión de tareas entre funcionarios y laborales<sup>262</sup>, lo que puede llegar a plantear el supuesto del desempeño de iguales tareas bajo regímenes jurídicos diferentes y en su virtud, con la posibilidad de ser afectado por un despido de estas características sólo si se trata de personal laboral<sup>263</sup>.

Una posible solución para este debate podría pasar por el replanteamiento, ya no del espacio del personal laboral en la Administración sino de un nuevo modo de abordar esta cuestión que implique una concepción unitaria de todos los empleados como integrantes del conjunto que llamamos empleo público. Ello tal vez permita poner en marcha una eficaz redistribución de efectivos que incluso podría funcionar antes que el recurso a estas fórmulas “duras” de ajuste de plantilla<sup>264</sup>. Por ejemplo,

---

<sup>261</sup> SSTC 199/1990 de 10 de diciembre, 144/1991 de 1 de julio, sin contar con la primera en la que se pronunció sobre la constitucionalidad de la existencia de dos regímenes reguladores de la prestación de servicios en la Administración, vid. STC 99/1987, de 11 de junio que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra determinados preceptos de la Ley 30/1984.

<sup>262</sup> PALOMAR OLMEDA, A.; *Planificación de los recursos humanos en el ámbito público*, Mc. Graw Hill, Madrid 1997; destaca la ruptura de la correspondencia entre el estatus funcionario o laboral y las funciones que los mismos están llamados a desarrollar en la Administración al haberse producido opciones laborales masivas con motivo de los cambios organizativos, pág.104.

<sup>263</sup> Sobre la necesaria adopción de criterios objetivos para la determinación de los concretos trabajadores afectados por una decisión extintiva de este tipo en la administración, vid. LÓPEZ GÓMEZ, J. M.; *El régimen jurídico del personal al servicio de las administraciones públicas*, Cívitas, 1995, pág. 384.

<sup>264</sup> Así lo apunta, muy sugerentemente, PALOMAR OLMEDA, A.; op.cit. pág. 104

si se produce la cobertura de la plaza ocupada, antes de adoptar la extinción del contrato, al gestor público le cabrían otras posibilidades<sup>265</sup> debido a que el trabajador indefinido, al no ostentar la condición de fijo de plantilla, no tiene derecho al puesto de trabajo en el sentido ya visto de garantía de inamovilidad, pero puede ser una posibilidad flexible para la atención de necesidades en otros puestos a través de los procedimientos de movilidad oportunos<sup>266</sup>.

En conexión con esto, para ponderar las posibilidades de flexibilidad que el personal laboral con contrato indefinido puede ofrecer en el ámbito de la Administración Pública cabe preguntarse acerca de los límites o la mayor o menor amplitud con que en este ámbito jugarían las reglas laborales que disciplinan la posibilidad de acordar modificaciones en las condiciones de trabajo de los trabajadores al servicio de la Administración. Es la regulación de las modificaciones que afectan al puesto de trabajo la que, a los efectos de este estudio, resulta importante. Así, la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, reguladora de los Planes de Empleo y reformadora del régimen jurídico de la función pública, aún determinando que el contenido de dichos Planes es aplicable tanto al personal funcionarial como al

---

<sup>265</sup> Los profesores GOERLICH PESET, J. M. y VEGA LÓPEZ, J.; apuntan en su trabajo ya mencionado, vid. op. cit. págs. 26-27, algunas de las posibles peculiaridades que presenta el régimen jurídico de estos trabajadores indefinidos no fijos de plantilla. En este sentido, señalan la falta de aplicación a estos trabajadores de aquellas ventajas que se asocian a los principios de igualdad, mérito y capacidad haciendo referencia a cuestiones de promoción profesional en las que no tendrán posibilidades puesto que quien no ha satisfecho en su ingreso estos principios de mérito y capacidad, difícilmente podrá gozar de expectativas en este terreno a efectos de participar en concursos para la provisión de puestos, ascensos, concursos de traslado.... También hacen referencia al ejercicio de la opción entre indemnización o readmisión al declararse el despido improcedente. En el caso de trabajadores indefinidos no fijos de plantilla no cabe plantearse que sólo sea posible la opción por la readmisión cosa que sí sucede con los trabajadores fijos de plantilla para garantizar en su integridad los principios de igualdad, mérito y capacidad que han regido en su acceso. Estos autores, sin embargo, no excluyen la posibilidad de la extinción del contrato como consecuencia de la convocatoria de la plaza y su cobertura reglamentaria, para lo cual señalan como vía adecuada el recurso al despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, percibiendo la correspondiente indemnización. Ante esta última afirmación se podrían oponer los impedimentos que ya he mencionado pero, en todo caso, la cuestión es si se podría dar un paso más y considerar otras posibilidades distintas de la extinción del contrato una vez producida la cobertura reglamentaria del puesto.

<sup>266</sup> Sobre la regulación de la movilidad del personal al servicio de la Administración Pública se detiene este trabajo en el capítulo cuarto.

laboral, no contempla sin embargo la reasignación de efectivos del personal laboral y se limita a señalar que, con relación a este personal, las actuaciones previstas en los Planes se desarrollarán de conformidad con lo previsto en la legislación laboral.

Cuando el trabajador es cambiado de puesto de trabajo está cambiando su destino pero no su clasificación profesional<sup>267</sup>. Para examinar las posibilidades de cambio de adscripción de puesto de trabajo al trabajador, respetando la categoría profesional, es importante tener presente el proceso mediante el cual se produce la asignación de los puestos de trabajo en la función pública<sup>268</sup>. Desde luego, la introducción de los Planes de Empleo, que como en su momento se vio, no ha sido pacíficamente acogida por toda la doctrina administrativista<sup>269</sup>, ha brindado, decíamos, la posibilidad de introducir elementos de planificación y de redistribución del personal en el empleo público en un plausible intento de optimizar los recursos humanos de que se dispone. Desde este punto de vista, es igualmente novedoso, y a mi juicio positivo, que en el marco de la planificación se parta de la consideración conjunta del personal sea éste laboral, sea funcionario.

Y sin embargo, estas posibilidades todavía no han sido suficientemente exploradas en la práctica cuando, en lo tocante a la cuestión que estamos tratando, podrían aportar opciones alternativas a la extinción del contrato si se facilita la movilidad entre puestos de trabajo no singularizados y siempre dentro del marco del Plan de Empleo respectivo que será el que determine las condiciones, los requisitos

---

<sup>267</sup> Pues cuando se ingresa en la Administración Pública en régimen laboral, se provee un puesto de trabajo en concreto. Ese personal no accede a un nivel o grupo profesional como sucede con los funcionarios, lo hace con relación a un puesto de trabajo concreto incluido en un grupo o especialidad laboral. La asignación de un puesto al trabajador determina de este modo su clasificación profesional. La Oferta de Empleo y la convocatoria de selección se hace para puestos de trabajo determinados y no para el ingreso en una determinada categoría profesional, como ocurre con los funcionarios públicos.

<sup>268</sup> Vid. SÁNCHEZ DIAZ, J.L.; "Modificaciones en la relación laboral del personal al servicio de las Administraciones Públicas", *Poder Judicial* nº 45, págs. 445-477.

<sup>269</sup> MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, I.; *El ocaso de la función pública española: La reforma del régimen jurídico funcional de la Ley 22/1993 de 29 de diciembre*, Cuadernos Cívitas, 1995.



y el procedimiento.

En todo caso, esta posibilidad no está exenta de riesgos. Así, se corre el peligro de “fossilizar” ese contrato indefinido precisamente cuando, tratando de buscar alternativas a la extinción, se pueda estar creando una categoría de trabajadores con peor derecho al ver mermadas sus expectativas de promoción profesional o de permanencia en el puesto de trabajo. Pero, aún así, no deja de ser una vía que resulta interesante explorar porque puede aportar, como hemos empezado diciendo, casi al principio de estas líneas, alguna sugerencia en el tratamiento desde una perspectiva global del personal al servicio de la Administración Pública.

#### **5.7. Un último paso: la condición resolutoria consignada en el contrato como causa de extinción del contrato de trabajo de un trabajador indefinido no fijo de plantilla**

A pesar de las anteriores consideraciones, cualquier reflexión alternativa ha quedado por el momento fuera de juego dado que el Tribunal Supremo en la sentencia de 27 de mayo de 2002 (RJ. 9893), ha estimado en unificación de doctrina que el cauce oportuno para la extinción del contrato de trabajo de un trabajador indefinido no fijo de plantilla de la Administración Pública es el del artículo 49.1 b) del Estatuto de los Trabajadores, como una condición resolutoria consignada válidamente en el contrato de trabajo. Así pues, la cobertura reglamentaria de la plaza ocupada hasta el momento por el trabajador indefinido no fijo da cumplimiento a una condición resolutoria que extingue su contrato de trabajo sin derecho a indemnización. El Tribunal llega a esta solución en una “refundición” de toda su anterior doctrina determinando que la consecuencia jurídica del contrato temporal ilícito en el sector público es, cumpliendo lo previsto en el artículo 9 del Estatuto de los Trabajadores, su nulidad parcial y la sustitución de la cláusula de temporalidad ilegal por otra causa legal de extinción del contrato como es la inserción de una condición resolutoria de la ocupación de la plaza por procedimientos reglamentarios.

Determinados aspectos de esta sentencia continúan siendo conflictivos. Es cuestionable la existencia de una pretendida obligación de la Administración Pública de convocar o de cubrir por procedimientos legalmente establecidos la plaza ocupada hasta el momento por un trabajador cuyo contrato ha sido declarado indefinido no fijo, pues debe entenderse que en esta materia existe un derecho de autoorganización de la Administración que es claro desde el punto de vista legal. Tal potestad se manifiesta además, en otras variadas facetas todas ellas insertas en un amplio margen de gestión de los recursos donde se incluyen alternativas a esta pretendida obligación legal. Pero es que, aún en el caso de que produjera la cobertura reglamentaria de la plaza por otro que no fuera el titular de este contrato indefinido, tampoco la solución indubitada tendría por qué consistir en la extinción del contrato de trabajo. Caben otras fórmulas, más eficientes incluso, de gestión del personal.

Por otra parte, el criterio seguido por el Tribunal que entiende procedente la vía de la extinción por causas consignadas validamente en el contrato presenta la dificultad de que no ha habido causa alguna que efectivamente hubiera sido consignada con anterioridad<sup>270</sup>. Con esta solución, el Tribunal ha hecho innecesaria toda la construcción doctrinal que se llevó a cabo a partir de la STS de 10 de diciembre de 1996 y que se desarrolló finalmente en la sentencia de pleno de 20 de enero de 1998 porque, en la práctica, dicha solución viene a equiparar estos contratos a la interinidad por vacante<sup>271</sup>.

<sup>270</sup> Sobre todo no ha actuado en ningún momento la voluntad de las partes que es elemento sustancial en estos supuestos, vid. FD 2º del voto particular a la STS de 27 de mayo de 2002, (RJ. 9893)

<sup>271</sup> Vid. ALFONSO MELLADO, C. L. y PEÑA OBIOL, S.; "De nuevo el trabajador indefinido no fijo. Ahora en supuesto de cesión ilegal de trabajadores", *Revista de Derecho Social*, nº 22, 2003, que en esta misma línea hacen unas interesantes apreciaciones en las páginas 168 y 169. Así, se puede diferenciar entre la situación de aquellos trabajadores que ocupan una vacante ya creada, en este caso, el organismo deberá proceder a convocarla y una vez que sea cubierta de la manera reglamentaria existirá causa de extinción del trabajador indefinido al haberse cubierto la plaza que éste ocupaba. También se podrá proceder a la amortización de esa plaza por parte del organismo lo cual igualmente implicará la extinción de aquel contrato. La otra situación que se distingue es

No se debe dejar de lado el hecho de que los afectados son trabajadores cuyo contrato ha sido declarado indefinido no fijo a causa de irregularidades sustanciales habidas en su contratación con la Administración, sin embargo ahora, la extinción del contrato sin ningún tipo de indemnización supone otorgarles un menor derecho frente a otros supuestos en los que sí se admite la extinción indemnizada. Como se argumenta en el voto particular que se formuló a la mencionada STS de 27 de mayo de 2002<sup>272</sup>, la consideración de otras causas de extinción podrían resultar más acordes también por razones de equidad. Así, por ejemplo, los trabajadores temporales que cesan en la Administración por expiración del tiempo convenido o por realización de la obra o servicio tienen derecho a percibir una cantidad equivalente a ocho días de salario por cada año trabajado en virtud de lo establecido por el artículo 49. 1 c) ET.

Del mismo modo, el trabajador indefinido no fijo se encuentra en una peor situación también con respecto a los trabajadores cuyos contratos se extinguen por insuficiente consignación presupuestaria a los que se les aplican los arts. 51 y 52 ET<sup>273</sup>. Está por determinar el fundamento de esta diferencia de trato puesto que no son de peor condición los trabajadores contratados con graves irregularidades por una Administración Pública, que quien ha sido seleccionado indebidamente o quienes han sido contratados para la ejecución de determinados programas sin una dotación económica estable. Por otra parte, el Tribunal sí ha admitido la vía del despido objetivo para proceder a la extinción de los contratos afectados en los

---

aquella en la que la plaza ocupada por el trabajador indefinido no está prevista en la relación de puestos de trabajo. En este caso, se deberá en primer lugar crear la plaza y sólo después podrá procederse de igual manera que ha quedado explicado en el primer supuesto. Todo lo expuesto permite ver que la condición de indefinido no fijo supone “bien poco” en relación con lo que hubiese supuesto la atribución de la condición de interino por vacante.

<sup>272</sup> Vid. Fundamento de Derecho Tercero del voto particular formulado a la STS de 27 de mayo de 2002. (RJ. 9893)

<sup>273</sup> LAHERA FORTEZA, J.; “La extinción del contrato indefinido no fijo de plantilla en la Administración Pública, (Comentario a la STS 27 de mayo de 2002)”, *Relaciones Laborales*, nº 23 y 24, 2002, pág. 73.

supuestos de anulación judicial del proceso selectivo<sup>274</sup>. Al hacer referencia anteriormente desde estas páginas, a la doctrina jurisprudencial existente sobre el particular, se decía entender los argumentos contenidos en el voto particular formulado a la STS de 10 de marzo de 1999, pero mientras la vía del despido por causas organizativas puede presentar inadecuaciones en supuestos de ineficacia contractual, sí debe entenderse que es la adecuada cuando un contrato de trabajo indefinido debe extinguirse como consecuencia de la cobertura reglamentaria de la plaza. En el primer supuesto se trata de reconocer efectos a la aplicación de la norma administrativa por la jurisdicción contenciosa, en el segundo, se tratará de hacer conciliable dicha normativa con la también plenamente aplicable norma laboral que tiene prevista la vía adecuada para la extinción del contrato de trabajo por causas organizativas, como la que aquí se plantea.

Otras soluciones acaban por hacer al trabajador contratado ilegalmente, el responsable único de dicha contratación defectuosa<sup>275</sup>, dado que, hoy por hoy, no existe un adecuado mecanismo de responsabilidades dentro de las organizaciones públicas con arreglo al cual poder establecer la exigencia de responsabilidades a los gestores públicos por contrataciones o, en general, prácticas ilegales en esta materia<sup>276</sup>. El resultado no es sólo que en última instancia quede a la voluntad discrecional del organismo público<sup>277</sup> el proceder o no a la convocatoria o a la

---

<sup>274</sup> Bien es verdad que sin la unanimidad de los miembros de la Sala, vid....Y también GUTIERREZ-SOLAR CALVO, B.; "Repercusiones de la declaración de nulidad del concurso para la provisión de plazas laborales en la Administración Pública en los contratos celebrados a su amparo (STS de 10 de marzo de 1999)" en *Relaciones Laborales*, I/1999, págs. 92 a 97.

<sup>275</sup> Vid. MOLERO MARAÑÓN, M.L.; "La consolidación de una nueva categoría contractual en el ámbito de la Administración Pública: el contrato temporalmente indefinido" *Relaciones Laborales* n° 1, 2004, págs. 32 y 33; que sostiene que "la solución propuesta a través de la nueva figura contractual no resulta equilibrada en la protección de los intereses en juego, favoreciendo precisamente al sujeto que infringe la normativa y otorgando una muy escasa protección a quien resulta plenamente ajeno a la transgresión jurídica"

<sup>276</sup> En este mismo sentido, también apuntaban CASTILLO BLANCO, F., *Reflexiones en torno a la construcción de un nuevo sistema de empleo público*,...op. cit. y ALFONSO MELLADO, C.L.; en *Revista de Derecho Social*, cit.

<sup>277</sup> También en este sentido, vid. CASTILLO PARDO, E. y PEÑA OBIOL, S; "La controvertida evolución jurisprudencial en torno a las irregularidades en el contratación laboral temporal concertada por la Administración Pública" en *Tribunal Social*, julio/2001, pág. 55. En lo

amortización de la plaza afectada, sino que, en todo caso, ello se compadece mal con el sentido que, todavía hoy, tiene en el derecho del trabajo el concepto de contrato indefinido. ¿Cómo puede ser que a estos contratos se los llame “temporalmente indefinidos”?<sup>278</sup>, parece contradictorio desde el punto de vista de la lógica de los propios términos utilizados<sup>279</sup>.

Las reacciones doctrinales a este último pronunciamiento judicial no se han hecho esperar<sup>280</sup>. Ya con anterioridad, la doctrina había entendido que cuando menos, la diferencia entre el trabajador indefinido no fijo y el interino debería producirse en el momento de la extinción del contrato<sup>281</sup> pero el Tribunal Supremo no ha reconocido la aplicación de los artículos 51 y 52 c) ET a los casos de cobertura reglamentaria de la plaza ocupada por el trabajador indefinido no fijo y ello a pesar de que dicha posibilidad no iría en contra de la necesaria interpretación armónica de la normativa laboral y la administrativa porque dicha conjugación ya se ha producido con la figura del trabajador indefinido que no es considerado fijo de plantilla<sup>282</sup>. Ahora bien, nada impide que en el momento de la extinción se aplique

---

tocante a la ausencia de una obligación imperativa para la administración, CORDERO SAAVEDRA, L; en “El fraude de ley en la contratación por las administraciones públicas y sus consecuencias jurídicas” en *Aranzadi Social*, nº 12, 2003, pág. 36 entiende que “sólo una intervención legal que obligue a la Administración a la dotación presupuestaria y cobertura inmediata de la plaza por la puesta en marcha del mecanismo de selección, tras una declaración judicial de un contratado indefinido no fijo, podrá llegarse a solventar esta situación”.

<sup>278</sup> De “una especie de nueva modalidad de contrato de trabajo que se sitúa en precario equilibrio entre la duración indefinida y la temporal, aunque más escorado hacia esta última calificación que hacia la primera”, así como de “un engendro contractual”, habla, PÉREZ REY, J.; “El contrato indefinido temporal: un paso más en la disciplina jurisprudencial de la contratación temporal en el seno de la Administración Pública”; *Revista de Derecho Social* nº 19, 2002, pág. 156.

<sup>279</sup> Acerca del régimen jurídico de los trabajadores indefinidos no fijos de la Administración Pública, vale la pena ver el trabajo de BOLTAINA BOSCH, X.; en *Aranzadi Social*, nº 4, mayo, 2002, págs. 83-105.

<sup>280</sup> LAHERA FORTEZA, J.; “La extinción del contrato indefinido no fijo de plantilla en la Administración Pública, (Comentario a la STS 27 de mayo de 2002)”, *Relaciones Laborales* nº 23 y 24, 2002, págs 67-73.

<sup>281</sup> MORÓN PRIETO, R.; “La extinción del contrato indefinido no fijo de plantilla: supuestos, procedimiento y efectos”, *Revista de Derecho Social* nº 14/2001, pág. 195.

<sup>282</sup> Esta diferencia que se introduce entre uno y otro tipo de contrato,, esta configuración de un contrato indefinido “cuya fórmula extintiva habitual discurre por cauces ajenos al despido no es

íntegramente la norma laboral y en punto a la extinción del contrato, la causa que mejor se adecua es la contemplada para el despido objetivo por razones organizativas<sup>283</sup>.

Hay autores que abiertamente apuestan por una intervención directa del legislador<sup>284</sup>, este es el caso de quienes entendiendo que la única solución legalmente posible, a pesar de suponer un perjuicio para el trabajador, es que lo que realmente existe es un contrato de interinidad por vacante cuya extinción se produciría por la vía del artículo 49.1 c) ET, abogan por la inclusión de una indemnización para estos supuestos en el capítulo de empleo público de la Ley de Presupuestos Generales del Estado<sup>285</sup>. Otra posibilidad ofrecida por la doctrina<sup>286</sup> como alternativa a la consignación judicial en el contrato de la condición resolutoria de la cobertura de la vacante, es aquella que entendiendo que el despido objetivo es la causa extintiva idónea, sería conveniente que el legislador contemplara entre las causas del art. 52 ET, la cobertura reglamentaria de la vacante ocupada por un trabajador de este tipo.

No obstante, y sin perjuicio de los efectos positivos que las anteriores propuestas tendrían en el sentido de dispensar alguna compensación al trabajador irregularmente contratado, no puede dejar de tenerse en cuenta que, tanto estos supuestos, como aquellos otros que se manejan como términos de comparación,

---

más que un eufemismo destinado a ocultar la privación de los derechos dimanantes de la estabilidad a los trabajadores temporales de la Administración, que es a lo que conduce la doctrina del Tribunal Supremo". Vid. PÉREZ REY, J.; "El contrato indefinido temporal: un paso más en la disciplina jurisprudencial de la contratación temporal en el seno de la Administración Pública"; *Revista de Derecho Social* nº 19, 2002, pág. 163.

<sup>283</sup> Vid. CORDERO SAAVEDRA, L.; "El fraude de ley en la contratación por las administraciones públicas y sus consecuencias jurídicas" en *Aranzadi Social*, nº 12/2003, pág. 36; vid. también; LAHERA FORTEZA, J.; "La extinción del ....op. cit. pág. 71.

<sup>284</sup> PÉREZ REY, J.; "El contrato indefinido temporal: un paso más en la disciplina jurisprudencial de la contratación temporal en el seno de la Administración Pública"; *Revista de Derecho Social* nº 19, 2002, pág. 163.

<sup>285</sup> NICOLÁS BERNARD, J. A.; *La duración del contrato de trabajo en el empleo público*; Comares, 2003, págs. 55 y 56.

construyen un panorama de ampliación hasta el máximo de las posibilidades en manos de las administraciones para el reclutamiento de personal temporal. No es exagerado afirmar que todas estas circunstancias terminan por situar a la Administración Pública bajo un régimen más favorable en materia de contratación temporal<sup>287</sup>. Y lo alarmante es que ello se produce dentro de un contexto general que ya de suyo resulta abiertamente flexible. Únanse a esta consideración aquéllas que se han efectuado en este mismo capítulo acerca del recurso de la administración a la contratación administrativa así como al nombramiento de funcionarios interinos: El resultado es el mantenimiento de la precariedad en el empleo público. Al final, la impresión general que prevalece es la de que las administraciones públicas utilizan los recursos que los ordenamientos, en este caso el laboral, ponen a su disposición, pero excepcionan la aplicación de las previsiones limitativas que los mismos establecen, recibiendo un tratamiento privilegiado por parte de la jurisprudencia. Ello, además de constituir un paradigma de flexibilidad aplicativa de la norma laboral, está creando un régimen de contratación laboral diferenciada en este ámbito.

---

<sup>286</sup> LAHERA FORTEZA, J.; “La extinción del ....op. cit. pág. 73.

<sup>287</sup> En este sentido, vid. MOLERO MARAÑÓN, M. L.; “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2002. La creación jurisprudencial de una paradoja: El contrato temporalmente indefinido”, *Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Iustel, 2003; que apunta cómo las última reformas habidas “no solamente no se enfrentan a dicho problema (....) sino que, por el contrario han introducido figuras específicas a favor de la Administración que van sin duda a facilitar la contratación de duración temporal en el marco de la organización administrativa”.

## CAPITULO IV: LA GESTIÓN DE LA FUERZA DE TRABAJO EN EL EMPLEO PÚBLICO

### 1. LA ORGANIZACIÓN Y LA CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS. LA MOVILIDAD COMO ALTERNATIVA

Es muy probable que la doble dimensión que de la Administración Pública se percibe, como una organización de recursos materiales, personales y económicos orientada a un determinado fin pero que, al tiempo, debe servir con objetividad a los intereses generales, sea lo que haga que el análisis de su funcionamiento interno resulte complicado. Fundamentalmente en lo relativo a la organización de sus medios personales, puesto que, sin duda, en ellos se concentran las fuerzas que, en direcciones antagónicas, se mueven en este ámbito según se acentúe más lo organizacional o lo público.

Como se puede observar, en el título del presente Capítulo se emplea el término *fuerza de trabajo*. La referencia a la misma se explica a partir del convencimiento de que es posible encontrar en ella la impronta del ámbito público en el que se incardina. Como se ha señalado, “la distinción entre trabajo y fuerza de trabajo permite hacer patente la diferencia que existe entre las condiciones potenciales y el resultado efectivamente conseguido”<sup>1</sup>, pues, efectivamente, el trabajo realizado depende del sistema de organización, supervisión e incentivación que se desarrolle en la organización concreta. En el empleo público se pueden ver confirmadas las anteriores observaciones pues es evidente la gran influencia que ejerce la naturaleza del medio en la que el trabajo se conforma. Se trata de una concreta fuerza de trabajo en la que están presentes unas determinadas características.

Así pues, aparte de la cuestión relativa a la imbricación de la figura contractual

---

<sup>1</sup> RECIO, A.; *Trabajo, personas, mercados*; Icaria, 1997, pág. 74.



laboral en el contexto del empleo público que se acaba de observar en el Capítulo anterior, se pretende destacar ahora determinadas dimensiones de la prestación de servicios que revisten un interés particular debido igualmente al ámbito en el que éstas se desarrollan. Se trata de materias relativas a la clasificación profesional y a la carrera de los empleados, a la organización del tiempo de trabajo y a la regulación del sistema retributivo, se trata igualmente de prestar atención a la extinción de las relaciones productivas en este contexto o a la específica proyección de la materia de salud laboral sobre este ámbito.

Pero lo que, de todo lo expuesto, es más importante destacar, es el modo de aproximación a cada uno de los mencionados núcleos temáticos porque se pretende efectuar un análisis que, en la medida de lo posible, sea comprehensivo de ambos tipos de empleados públicos. De este modo, las líneas que ahora siguen, efectúan un recorrido en paralelo a través de las regulaciones que cada régimen jurídico contempla en cada materia. Ello permitirá, como más adelante se tendrá oportunidad de comprobar, contemplar en la casi entera extensión, las particularidades del empleo público. Es propósito de este Capítulo, poder enmarcar en el contexto general elaborado en los capítulos precedentes, todas las incidencias relativas al régimen jurídico. De modo que, más que una exposición de los respectivos regímenes, el propósito que anima estas páginas es el de ofrecer una síntesis y los rasgos diferenciadores que permitan identificar los problemas pendientes.

### **1.1. La lógica de la flexibilidad como denominador común.**

En general, puede afirmarse que la flexibilidad de un sistema hace referencia a la capacidad que éste posee para adaptarse a los cambios y a las necesidades. Se puede advertir en el empleo público una creciente tendencia al uso flexible de la fuerza de trabajo. No obstante, previo al señalamiento de los aspectos que avalan esta afirmación, resulta obligado identificar o, al menos, acotar un concepto nada fácil: la flexibilidad.

La dificultad principal que se plantea cuando se tiene la pretensión de establecer un concepto de flexibilidad laboral, es que ésta tiene un carácter polivalente y metajurídico<sup>2</sup>. Polivalente, dado que dicho concepto permite explicar las necesidades de adaptación del sistema productivo, desde muy diversos puntos de vista, incluso desde muy diversas disciplinas. Metajurídico, porque su origen no se sitúa en el concreto ámbito del derecho; no existe una definición de este concepto en la normativa laboral y tampoco la jurisprudencia ha recogido una aportación esclarecedora del mismo<sup>3</sup>. Por otra parte, como oportunamente se ha observado, lo indeterminado y polifacético del empleo del concepto de flexibilidad lo ha convertido en un concepto con cierta carga ideológica en tanto que la remisión al mismo supone la referencia constante a un remedio de prácticamente cualquier problema<sup>4</sup>.

Sin perjuicio de estas circunstancias, sobre la flexibilidad laboral se han llevado a cabo diferentes intentos clasificatorios que pueden ayudar a una mejor comprensión del concepto. Por una parte, se ha diferenciado entre flexibilización numérica, flexibilización funcional y flexibilización financiera<sup>5</sup>, según se trate de permitir el ajuste continuado del número de empleados para hacer frente a las fluctuaciones del mercado, de poder adecuar constantemente las competencias de los trabajadores para adaptarlas a las necesidades productivas o de poder establecer variaciones en los costes laborales estableciendo una estructura salarial ligada al desempeño y a los resultados, respectivamente<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.; *La nueva regulación de la movilidad funcional*, Aranzadi, 1995, pág.39.

<sup>3</sup> MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.; ..op. cit. págs. 40 y 41.

<sup>4</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.; "Flexibilidad: Un debate interesante o un debate interesado?", *Relaciones Laborales* nº 3, 1987, pág. 1, donde se observa la "polisemia que encierra aquel concepto (que) permite impregnarle de un cierto valor mágico".

<sup>5</sup> ALBIZU, E.; *Flexibilidad laboral y gestión de los recursos humanos*, Ariel, 1997; págs. 19 y 20; ver las reflexiones que efectúa, MERCADER UGUINA, J.R.; *Derecho del Trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información*, Lex Nova, 2002, págs. 68 y 69.

<sup>6</sup> MERCADER UGUINA, J.R.; op. cit. págs. 68 y 69.

Otras aportaciones ha habido al intento de establecer una clasificación de los tipos de flexibilidad laboral tomando como criterio ordenador el instrumento jurídico mediante el cual se manifiesta la flexibilidad<sup>7</sup>. Así, se diferencia entre flexibilidad normativa, flexibilidad contractual y flexibilidad judicial. Dentro de la flexibilidad normativa, a su vez, es posible diferenciar una flexibilidad de protección, una flexibilidad de adaptación y una flexibilidad desreguladora. Por su parte, la flexibilidad contractual acoge dos tipos de flexibilidad, directa e indirecta.

Sin perjuicio de los diferentes criterios aplicados para cada sistema de clasificación, existe una notable proximidad entre ellos, lo que afianza la concepción de la flexibilidad como una capacidad ordenada a la consecución de un determinado resultado. Al menos este es el aspecto sobresaliente cuando de una organización pública se trata y no hay duda de que las administraciones públicas en su dimensión de organizaciones productivas persiguen determinados resultados. Para su obtención, resulta, como se verá, imprescindible, la introducción de flexibilidad normativa, en concreto, de una flexibilidad de adaptación. O expresándolo según otro de los términos clasificatorios propuestos, también en las administraciones públicas cabe hablar, al menos, de una flexibilización numérica y funcional. Pero también, incluso es posible identificar en el ámbito público la existencia de una cierta flexibilidad judicial en la medida en que a través de las resoluciones de los tribunales se ha producido una interpretación concreta –y flexible– de la normativa aplicable.

Desde el entendimiento de la Administración Pública como una empresa, en el sentido de que también en ella se puede identificar una determinada organización de recursos de diversas clases que son gestionados con vistas a la consecución de unos fines determinados; desde el reconocimiento de que también en la Administración Pública son criterios o principios informadores del sistema, la eficacia y la

---

<sup>7</sup> MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.; op. cit. pág. 43.

eficiencia, se ha ido experimentando, como se sabe, una progresiva adaptación en los modos de actuación y de gestión. La aparición de la flexibilidad se podría encuadrar en este mismo contexto.

En coherencia con ese empleo lato o polivalente del concepto de flexibilidad, ésta se presenta en el empleo público como el remedio para superar determinadas circunstancias propias de este sector que obstaculizan el adecuado cumplimiento de los fines de la administración<sup>8</sup>: escasa movilidad, rigidez jerárquica, existencia de funciones no intercambiables, anticuadas formas de control....y un largo etcétera. Entre todas las características que revisten el esquema ordenador y de gestión de los recursos humanos, al margen de la diversidad de sus fuentes y de las peculiaridades derivadas de la naturaleza pública de la organización, destaca la dificultad de integrar o hacer compatibles la necesidad de adaptación ágil<sup>9</sup> y el establecimiento de controles y procedimientos que sirvan de garantía de objetividad en el servicio público.

Esta última consideración es la que se encuentra presente en el proceso de flexibilización que se estima necesario en el empleo público y que no aparece, o al menos no en tan alto grado, en el sector privado de las relaciones productivas. A estas circunstancias se hará referencia constante en las páginas que siguen con ocasión del análisis de la gestión de la fuerza de trabajo en sus principales manifestaciones. Casi se podría llegar a afirmar que, en última instancia, la mayoría de los cambios apreciables tanto en la ordenación de la carrera y la clasificación del personal, como en la jornada, en el sistema retributivo y en la extinción o en materia

---

<sup>8</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.; "Flexibilidad en la Administración pública: Una necesidad inaplazable", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, nº 20, 1997, pág. 10.

<sup>9</sup> Según ha puesto de manifiesto CASTELLS, M.; *La era de la información*, vol.1: *La sociedad red*, Alianza, 2001, págs. 204 y 205, la específica forma organizativa de la gran empresa "estructurada según los principios de integración vertical y la división social y técnica institucionalizada del trabajo", ha dado paso, "cuando la demanda se volvió impredecible, (...) el sistema de producción se volvió demasiado rígido" a "una respuesta tentativa para superar esa rigidez" que consistía en el establecimiento de un sistema de producción flexible. Salvando las distancias, en mi opinión, tanto el diagnóstico como la alternativa ofrecida, son aplicables en el

preventiva, reflejan esa búsqueda de flexibilidad que se señalaba arriba y, al mismo tiempo, la tensión por hacer compatible esa flexibilidad con los condicionantes de una Administración Pública.

A continuación, con el estudio de la clasificación y la movilidad del personal público, se inicia este recorrido. El punto de partida es una realidad fuertemente intervenida por la normativa pública reguladora de estos procesos y en la que el margen que queda a las partes para la delimitación, por ejemplo de la clasificación, resulta muy escaso. Como es sabido, la clasificación profesional tiene al menos dos acepciones en Derecho del Trabajo. Desde el punto de vista individual, digamos, el acto de clasificación profesional responde a la realidad del encuadramiento profesional del trabajador, acto que se realiza mediante el pacto individual entre empleador y trabajador, ordinariamente en el momento de la celebración del contrato de trabajo. Este acto se debe producir en un momento posterior a la previa realización en sede de negociación colectiva de un sistema de clasificación profesional.

Ahora bien, en el ámbito público, estos conceptos y su realización adquieren un significado que reviste una trascendencia distinta. En particular, el momento del encuadramiento profesional del trabajador al servicio de la Administración tiene entre sus especialidades más destacadas el elemento de la ausencia de libertad de las partes en la determinación de dicho encuadramiento. Téngase en cuenta que las partes se encuentran predeterminadas por la existencia de una convocatoria pública de una determinada plaza, o plazas, cada una de las cuales se debe hallar descrita, en lo atinente a sus características más importantes, en la correspondiente Relación de Puestos de Trabajo. Así pues, partiendo de estas premisas es necesario hacer referencia a las especiales circunstancias concurrentes en este ámbito.

## **1.2. La potestad de organización administrativa y su incidencia sobre la clasificación de los empleados públicos.**

La observación de los mecanismos clasificatorios dentro de la organización administrativa resulta de cierta importancia pues estos aspectos poseen una contrastable influencia sobre ellos. Así resulta, no sólo de la vigencia de la normativa administrativa que regula la actividad de la organización pública, sino también de las interconexiones que se producen en esa regulación como consecuencia de la existencia de diversas clases de personal.

Efectivamente, ambas cuestiones se encuentran muy relacionadas. Desde la perspectiva laboral, si hay alguna materia cuya regulación resulta eminentemente colectiva esa es la relativa a los sistemas de clasificación profesional. En el derecho de la función pública, por su parte, la clasificación profesional y materias conexas como la promoción interna, son reguladas por medio de disposiciones legales o reglamentarias<sup>10</sup>. Y, sin embargo, se trata de materias que pueden ser objeto de negociación por parte de la Administración con los representantes de los funcionarios según lo que dispone el artículo 32 de la Ley 9/1987, de 12 de junio de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al servicio de las Administraciones Públicas, en cuyo listado se encuentran, la clasificación de los puestos de trabajo (art. 32.d) y los sistemas de promoción profesional de los funcionarios públicos (art. 32. g).

La inclusión de estas, y otras previsiones, dentro de las materias que pueden ser objeto de negociación es indicativa de la voluntad de ensanchar el ámbito objetivo de la negociación colectiva de estos empleados públicos<sup>11</sup>, pero, al mismo tiempo, no deja de plantear problemas de interpretación. Al admitir la negociación de la

---

<sup>10</sup> SÁNCHEZ DÍAZ, J.L.; "Modificaciones en la relación laboral del personal al servicio de las Administraciones Públicas", *Poder Judicial*, nº 45, pág. 461.

<sup>11</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.; "El nuevo marco de la negociación colectiva de los funcionarios públicos", *Relaciones Laborales*, II/1987, págs. 1157 y 1158.

clasificación de los puestos de trabajo, se puede entender que cuestiones relativas a la articulación esencial de la función pública, tales como la configuración de los cuerpos y escalas, y los grupos y niveles en los que ésta se estructura, son negociables cuando lo cierto es que se trata de materias reguladas por la ley. Tal vez por eso, se ha establecido una cláusula de salvaguarda para que, en cualquier caso, decisiones de la Administración que afecten a sus potestades de organización estén excluidas de la obligatoriedad de la negociación (art. 34 LORAP), si bien, en la medida en que pudieran tener repercusión sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, se procederá a la consulta a las organizaciones sindicales<sup>12</sup>.

Así pues, es notable la complejidad que encierra la clasificación y la organización cuando va referida a los funcionarios públicos. Por una parte, se observa el progresivo ensanchamiento del campo disponible para la negociación colectiva hasta ir abarcando, entre otras, cuestiones relativas a la clasificación de los puestos, pero por otro lado, son patentes las contradicciones que mencionamos y que evidencian la dificultad de conciliar la negociación y la organización administrativa pues esta última debe estar inspirada en criterios de jerarquía y de eficacia. El punto intermedio se halla en la posibilidad de negociar las relaciones de puestos de trabajo<sup>13</sup>, siendo estos instrumentos un híbrido resultante de la interacción de la organización administrativa y la negociación.

Los trabajadores al servicio de la Administración, por su parte, aunque ciertamente encuentran su normativa reguladora principalmente en el Estatuto de los Trabajadores y éste, como se sabe, remite a la negociación colectiva el establecimiento del sistema de clasificación profesional (art. 22.1 ET), y aún existiendo efectivamente dicha regulación convencional actualmente en el CCU, se hallan igualmente sometidos a las potestades organizativas de la Administración y,

---

<sup>12</sup> Nótese que la ley en este supuesto concreto, utiliza el término consulta y no el de negociación, precisamente para no dejar duda de la salvedad que se efectúa a este respecto.

<sup>13</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.; *La negociación colectiva de los funcionarios públicos*, Cedecs, 1996, pág. 157.

como es lógico, a la influencia de los instrumentos de gestión de personal como las relaciones de puestos de trabajo y también, por ejemplo, los Planes de Empleo.

Principalmente, serán las relaciones de puestos de trabajo los instrumentos que identifiquen y describan los mismos, igual laborales que funcionariales. La especial organización y funcionamiento de la Administración toma como referencia el puesto de trabajo para la objetivación y articulación de todo el sistema. Con independencia de la clasificación profesional efectuada, es el puesto de trabajo el que se dota presupuestariamente, se cataloga, se convoca y, una vez hecha pública la convocatoria, resulta cubierto con el empleado seleccionado para ello. Como más adelante se verá, es precisamente la fuerte incidencia de la normativa de organización administrativa la que condiciona el procedimiento que conduce a la adscripción definitiva del trabajador contratado y, por eso, cuando desde los momentos iniciales la clasificación resultante no concuerda con las funciones que efectivamente se realizan, se pone de manifiesto una importante disfunción que no encuentra una resolución plenamente satisfactoria en el empleo público.

Es esta una cuestión, como se ve, de raíz auténticamente organizativa. El mantenimiento de la prevalencia de las normas administrativas sobre las laborales en caso de concurrencia conflictiva, conduce a la permanencia del trabajador incorrectamente clasificado desde el principio, y pone de manifiesto que ha existido una anomalía en algún punto de todo el proceso que se ha seguido para la selección del trabajador para un puesto que no es el que se pretende cubrir<sup>14</sup>. La alternativa existente es la de modificar la organización de los puestos de trabajo con vistas a que se produzca la necesaria correspondencia entre el puesto de trabajo y la categoría asignada, pero dicha catalogación adecuada<sup>15</sup> tiene que llevarse a cabo a través de un Plan de Empleo o mediante la modificación de la relación de puestos de

---

<sup>14</sup> MOLERO MARAÑÓN, M.L.; *Acceso y clasificación profesional en las Administraciones Públicas*, Tirant lo Blanch, pág. 82.

<sup>15</sup> SÁNCHEZ DÍAZ, J.L.; "Modificaciones en la relación laboral del personal al servicio de las Administraciones Públicas", *Poder Judicial*, nº 45, 1997, pág. 468.



trabajo.

En todo caso, puede decirse que hoy es ya una realidad el hecho de que el tratamiento que desde el punto de vista organizativo recibe el personal, parte de una concepción y de una lógica unitaria. Que a ello es a lo que se tiende se deduce igualmente de la circunstancia de que los instrumentos de organización y planificación no distinguen entre tipos de personal destinatario pudiendo englobar tanto a un colectivo como a otro. Más allá de las dificultades que se derivan de los límites a la negociación de estas materias fronterizas con las potestades autoorganizativas, es claro que existe un espacio para el juego de la negociación que está siendo representado por las relaciones de puestos de trabajo. Desde esta perspectiva, se van a observar los dos mecanismos clasificatorios según el tipo de personal, teniendo presente que para ambos colectivos resulta vigente una intención idéntica, como es la de facilitar la movilidad funcional e interdepartamental.

### **1.3. Clasificación de los trabajadores al servicio de la Administración. La conciliación de la lógica laboral con la noción de puesto de trabajo.**

#### *1.3.1 El sistema de clasificación profesional del Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado. Un paso adelante en pos de una mayor flexibilidad.*

Atendiendo a las fuentes colectivas en la determinación del sistema de clasificación profesional del personal laboral de la Administración General del Estado, la principal referencia se debe hacer a lo establecido en el CCU<sup>16</sup>. El sistema de clasificación profesional determinado por la norma colectiva se ha establecido, tal como se anticipaba en líneas anteriores, con la finalidad de facilitar la movilidad funcional e interdepartamental del personal. También con vistas a favorecer la

---

<sup>16</sup> BOE 1 de dic. 1998.

promoción, para lo cual se establecen determinados mecanismos de carrera<sup>17</sup>.

El sistema de clasificación profesional que se regula en el Capítulo Cuarto del convenio, se presenta estructurado en grupos profesionales, áreas funcionales, categorías y, en su caso, especialidades. Puede decirse que éstos son los instrumentos a los que se recurre para la consecución de los objetivos perseguidos y puede decirse también que se trata de una solución coherente con esos objetivos, pues la utilización del grupo profesional como principal elemento jurídico-clasificador redundará en una conformación más flexible de los recursos productivos<sup>18</sup>. Como se sabe, el grupo profesional agrupa unitariamente las aptitudes profesionales, las titulaciones y el contenido general de la prestación laboral que se corresponde con las mismas. El grupo profesional departamentaliza la actividad productiva y la estructura profesional, en núcleos y áreas afines técnicamente “en cuyo seno se agrupan las distintas tareas y/o categorías según criterios de homogeneidad económica y/o funcional”<sup>19</sup>.

Además de los grupos profesionales, en el sistema de clasificación del CCU se contemplan las áreas funcionales que agrupan unitariamente dentro de los grupos profesionales el conjunto de contenidos y tareas que por su naturaleza se encuadran

<sup>17</sup> Vid. BODAS MARTÍN, R.; “Particularidades del régimen jurídico de los trabajadores en régimen laboral de las administraciones públicas”, en AA.VV.; *La Administración Pública como empresario. Aspectos laborales y sindicales. Convenio Colectivo único para el personal laboral de las administraciones públicas*, CGPJ (Cuadernos de Derecho Judicial), 2000, pág. 275. Este autor considera que el sistema de clasificación profesional tradicional “ha quedado claramente marginado, ya que la categoría profesional se define por su pertenencia a un grupo profesional y a un área funcional, recogiendo de manera no exhaustiva las actividades propias de las mismas, de acuerdo con la organización de los procesos de trabajo, habiéndose producido fuertes conflictos jurisdiccionales en los criterios para determinar la pertenencia a los grupos profesionales, ya que dicha inclusión no podría admitirse si es que comporta situaciones discriminatorias”.

<sup>18</sup> ALEMÁN PÁEZ, F.; *El encuadramiento profesional*, MTSS, 1995, pág. 164. Además de dar respuesta a las exigencias de una mayor flexibilidad, este autor señala tres razones más que justifican la conformación innovadora del grupo profesional, tales como, la progresiva valoración de la profesionalidad, las transformaciones ideológicas que se encuentran detrás de la idea de grupo como elemento superador de la tradicional división entre trabajo manual e intelectual (obreros y empleados). Por último, la nueva configuración del grupo posibilita la superación de las dificultades que planteaban otros mecanismos clasificatorios más clásicos.

<sup>19</sup> ALEMÁN PÁEZ, F.; *El encuadramiento profesional*, MTSS, 1995, pág. 148.

dentro de una determinada profesión, oficio o rama de actividad profesional. La categoría profesional, en último lugar, se define por su pertenencia a un grupo profesional y área funcional y recogerá de manera no exhaustiva las actividades propias de las mismas de acuerdo con la organización y ordenación de los procesos de trabajo.

La pertenencia a un grupo profesional y área funcional capacitará para el desempeño de todas las tareas y cometidos propios de los mismos, sin más limitaciones que las derivadas de la exigencia de las titulaciones específicas y de los demás requisitos de carácter profesional contemplados, en su caso, en los catálogos y relaciones de puestos de trabajo y conforme a las reglas de movilidad previstas en el Capítulo 5 del CCU relativo a la modificación de condiciones de trabajo, movilidad funcional y geográfica.

Son igualmente descritos los criterios que se utilizarán para determinar la pertenencia a un grupo profesional. En este sentido, queda establecido que la determinación de la pertenencia a un determinado grupo profesional se producirá como resultado de la ponderación de los siguientes factores: los conocimientos y la experiencia, la iniciativa, la autonomía, la responsabilidad, el mando y la complejidad. Al mismo tiempo, en la valoración de los factores mencionados se tendrán en cuenta otros elementos que aparecen descritos en el texto en relación a cada uno de los anteriores<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> Así, por ejemplo, en la valoración de los conocimientos se tendrán en cuenta, además de la formación básica o específica necesaria, la experiencia adquirida y la dificultad para la adquisición de dichos conocimientos y experiencia. En cuanto a la iniciativa, se valorará también el grado de seguimiento de las normas, así como los procedimientos y directrices para la ejecución de tareas o funciones. En cuanto a la autonomía, se tendrá en cuenta el grado de dependencia jerárquica en el desempeño de las tareas o funciones que se desarrollen. En cuanto a la responsabilidad, se trata de un factor para cuya valoración, se tendrán en cuenta el grado de autonomía de acción del trabajador, el nivel de influencia sobre los resultados, la relevancia de la gestión sobre recursos humanos, técnicos y productivos y la asunción del riesgo por las decisiones tomadas y sus consecuencias. En cuanto al mando se trata de un factor que para su valoración quedarán comprendidos también otros factores como el grado de supervisión y ordenación de las funciones y tareas, la capacidad de interrelación, las características del colectivo y el número de personas sobre las que se ejerce el mando. Finalmente, la complejidad se valorará en función del número y del grado de integración de los diversos factores antes enumerados en la tarea o puesto encomendado.

En el CCU para el Personal Laboral de la Administración General del Estado, se han establecido hasta ocho grupos profesionales diferentes, en el artículo 17 de la citada norma es descrito cada grupo mediante inclusión en cada uno de ellos de los trabajadores que, en atención a los factores hasta ahora señalados, puedan resultar así encuadrados<sup>21</sup>. Pero lo que constituye la mayor peculiaridad del sistema de clasificación profesional instaurado por el CCU, es la aparición de las llamadas *áreas funcionales*. Es a través de ellas cómo se lleva a cabo la adscripción de los trabajadores en los distintos grupos profesionales y dada la diversidad de tareas a realizar dentro del ámbito de aplicación del Convenio, constituyen un elemento clave dentro del sistema. Las áreas funcionales agrupan unitariamente, dentro de los grupos profesionales, el conjunto de tareas que por su naturaleza se encuadran dentro de una misma profesión, oficio o rama de actividad profesional. Así, el área funcional opera en el sistema en un doble sentido: “de un lado, la adscripción de los trabajadores en los distintos grupos profesionales se hará a través de las áreas funcionales; y de otro, las categorías profesionales existentes en los convenios colectivos, sustituidos por el Convenio único, se encuadrarán en las áreas funcionales que se establecen en el mismo”<sup>22</sup>. Estas áreas funcionales podrán modificarse y también podrá ampliarse el listado de las mismas, todo ello se llevará

---

<sup>21</sup> Por ejemplo, en el Grupo Profesional 1 se incluyen aquellos trabajadores que en el desempeño de su trabajo requieren un alto grado de conocimientos profesionales que ejercen sobre uno o varios sectores de la actividad, con objetivos definidos y alto grado de exigencia en los factores de iniciativa, autonomía y responsabilidad. Y la formación precisa para la pertenencia al citado grupo será la de Doctor, Licenciado, Ingeniero, Arquitecto o equivalentes.

En el otro extremo del arco, se encuentran los trabajadores incluidos en el Grupo Profesional 8. Éstos son los trabajadores que llevan a cabo tareas que se realizan de forma manual o con ayuda de elementos mecánicos simples ajustándose a instrucciones concretas, claramente establecidas, con un alto grado de dependencia y que requieren normalmente de esfuerzo físico y atención y que no necesitan una formación específica. Para este tipo de tareas se especifica que en lo relativo a la formación, ésta será de un nivel equivalente a Educación Primaria, Certificado de Escolaridad o incluso, la acreditación de los años cursados y de las calificaciones obtenidas en la Educación Secundaria obligatoria.

<sup>22</sup> Vid. BLASCO PELLICER, A.; “Convenio Colectivo Único para el personal laboral de las administraciones públicas”, en AA.VV.; *La Administración Pública como empresario. Aspectos laborales y sindicales. Convenio Colectivo Único para el personal laboral de las Administraciones Públicas*, CGPJ (Cuadernos de Derecho Judicial), 2000, pág. 397.

a cabo por parte de la Comisión de Clasificación Profesional que enumerará las actividades que desarrollan y los grupos profesionales en los que están presentes<sup>23</sup>.

Dado que la regulación que en el CCU se lleva a cabo de la clasificación profesional y del encuadramiento constituye el núcleo esencial del mismo, es comprensible el detalle con el que se ha previsto el procedimiento. El propio convenio determina la creación de una Comisión General de Clasificación que procederá, en el plazo de unos meses, a la definición de las funciones de las nuevas categorías en las que quedarán integradas las actuales, salvo que se decida su mantenimiento como categoría a extinguir<sup>24</sup>. Asimismo, se contiene una regla de derecho transitorio en el propio artículo 15 CCU porque se adopta la decisión de mantener vigentes las definiciones de las categorías profesionales de los convenios colectivos de origen hasta que en el plazo previsto, ya mencionado, se proceda por la Comisión General de Clasificación a la definición de las funciones de las nuevas categorías. Las categorías profesionales de los convenios colectivos de origen quedan encuadradas en los grupos profesionales, de conformidad con lo que se indica en el Anexo I del CCU.

No obstante, se trata de un proceso que se ha ido poniendo en práctica no sin dificultades debido a lo heterogéneo del personal proveniente cada uno de convenios colectivos específicos con distintas clasificaciones profesionales y distintas categorías. De hecho, el CCU, habida cuenta de las especiales circunstancias que lo rodean, prescribe un sistema excepcional de modificación del encuadramiento inicial del Anexo I, de tal manera que dicha modificación sólo

---

<sup>23</sup> Serán las siguientes: Administrativa, informática y comercial. Técnica, de mantenimiento y de oficios. Servicios generales. Servicios de imprenta y artes gráficas. Sanitaria. Asistencial. Docencia. Investigación científica, tecnológica o sanitaria. Navegación marítima. Vigilancia, control de ocupación y aprovechamiento del dominio público y sus zonas de servidumbre. Construcción, conservación y explotación de infraestructura y obra pública.

<sup>24</sup> Art. 5 CCU que la configura como una comisión paritaria integrada por los miembros que determine la CIVEA. Un estudio sobre la CIVEA, acerca de su composición, funciones y régimen de funcionamiento, así como sobre las Comisiones y Subcomisiones permanentes y de carácter temporal, puede verse en SALA FRANCO, T; BLASCO PELLICER, A. y ALTÉS TÁRREGA,

podrá llevarse a cabo a través del procedimiento concreto señalado en los artículos 19 y 20 del propio CCU<sup>25</sup>. El procedimiento establecido en el artículo 20 garantiza que la modificación del encuadramiento inicial de cada trabajador requerirá el informe de la Subcomisión Departamental y la aprobación de la Comisión General, sin perjuicio del derecho del trabajador de reclamar judicialmente la reclasificación profesional. Se trata, pues, de una vía previa a la judicial que es necesario agotar antes de acudir a la judicial. Como acertadamente se ha observado, se trata de una verdadera reclamación previa ante la Comisión General de Clasificación dependiente de la Comisión de Interpretación, Vigilancia, Estudio y Aplicación (CIVEA)<sup>26</sup>.

Según prevé el art. 19 CCU, se debe producir el encuadramiento inicial de las categorías profesionales existentes dentro de alguno de los ocho grupos profesionales, en las áreas funcionales y en las nuevas categorías y ello se hará teniendo en cuenta los criterios generales establecidos en el propio CCU que ya han sido expresados en los párrafos anteriores.<sup>27</sup> En este proceso, las categorías profesionales de procedencia de los trabajadores servirán de referencia para implantar el nuevo sistema. En él, la categoría no es una de las piezas más importantes, no se relaciona con las funciones genéricas sino más bien con los puestos de trabajo, y fundamentalmente, con el proceso de adscripción de las

---

J.A.; *La negociación colectiva en el empleo público*, MTAS, 2001, págs. 31 a 34.

<sup>25</sup> Vid STS de 3 de mayo de 2001 (RJ.5196).

<sup>26</sup> Así lo destacan BLASCO PELLICER, A.; op. cit. pág. 400, y también SEMPERE NAVARRO, A.V.; y QUINTANILLA NAVARRO, R.Y.; *Contratación Laboral en las Administraciones Públicas*, op. cit., pág. 120 señalando estos últimos que la dificultad de este proceso y el propósito de llevarlo a cabo bajo los principios de equidad, homogeneidad y competencia profesional justifica plenamente la intervención de los órganos colectivos previstos en el convenio que son: la Comisión General de Clasificación y las Subcomisiones departamentales. Con cita de la STSJ Andalucía (Sevilla) de 24 de abril de 2001 (AS.2912)

<sup>27</sup> Es posible llevar a cabo la modificación de la clasificación inicialmente adoptada en el proceso de adaptación al nuevo convenio. Dicha modificación se deberá llevar a cabo mediante la aplicación de los criterios de clasificación profesional que se aprueben por la Comisión General de Clasificación a propuesta de la Subcomisión Departamental. SEMPERE NAVARRO, A.V.; y QUINTANILLA NAVARRO, R.Y.; *La Contratación Laboral en las Administraciones Públicas*, Cuadernos de Aranzadi Social, nº 17, 2003, pág. 119

categorías existentes a los nuevos grupos profesionales<sup>28</sup>.

Ante la posible existencia de reclamaciones frente a la clasificación inicial, la CIVEA advirtió<sup>29</sup> la necesidad de garantizar que los desarrollos y las medidas que se adopten en la materia del sistema de clasificación profesional, respondan fielmente a los criterios técnicos y tratamiento homogéneo de todos los trabajadores<sup>30</sup>, pues el espíritu y núcleo esencial de todo el convenio es precisamente éste: el sistema de clasificación profesional. Para lograr dicho objetivo, la CIVEA consideró positivo el hecho de que la Comisión General de Clasificación examinara todas las reclamaciones que haya en esta materia<sup>31</sup>. Por su parte, la Comisión General de Clasificación estableció los criterios de clasificación en un Acuerdo adoptado el 6 de julio de 2000<sup>32</sup> por el pleno de la Comisión en el que se estipularon importantes modificaciones en relación con el encuadramiento inicial llevado a cabo por el CCU (Anexo I).

Con el nuevo sistema implantado por el CCU se avanza un paso más en el camino de la flexibilidad en la clasificación y en la movilidad funcional del personal

---

<sup>28</sup> Al respecto se ha señalado la necesidad existente de operar con las categorías actuales para poder implantar definitivamente el nuevo sistema. A ello se suma la consideración de que “el concepto de categoría profesional es un concepto que se encuentra fuertemente arraigado en la cultura del trabajador del que no se puede prescindir de inmediato”, en estos términos se expresa BLASCO PELLICER, A.; “El Convenio Colectivo..... op. cit. pág. 397, para quien la categoría profesional no es una pieza clave del nuevo sistema y pone como ejemplo de tal afirmación la previsión contenida en el artículo 15 CCU según el cual la Comisión General de Clasificación procederá en el plazo de seis meses a la definición de las funciones de las nuevas categorías en las que quedarán integradas las actuales, salvo que se decida su mantenimiento como categoría a extinguir.

<sup>29</sup> Acuerdo de 29 de septiembre de 1999 (RCL 1999\2467).

<sup>30</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V. op. cit. pág. 119.

<sup>31</sup> Tal como se desprende de los artículos 19 y 20 del Convenio Colectivo Único, esta Comisión General de Clasificación está concebida como “una auténtica vía previa” antes de acudir a la vía administrativa y judicial. SEMPERE NAVARRO, A.V.; y QUINTANILLA NAVARRO, R.Y.; *La Contratación Laboral en las Administraciones Públicas*. Cuadernos de Aranzadi Social, nº 17, 2003, pág. 119.

<sup>32</sup> RCL 2000\2107, BOE 19 de septiembre.

laboral de la Administración Pública<sup>33</sup>. Ello resulta particularmente interesante en un ámbito como el público en el que se encuentra fuertemente arraigada la noción de puesto de trabajo como elemento clave para la organización del trabajo. En este sentido, puede decirse que, a diferencia del ámbito privado, la celebración del contrato de trabajo por parte de una Administración Pública se halla constreñida a la asignación de un determinado puesto de trabajo para el que se ha efectuado la selección, que previamente ha sido dotado y figura publicado en la correspondiente convocatoria. Este es un sistema en el que prima la adjudicación de un puesto determinado estrictamente definido en la correspondiente Relación de Puestos de Trabajo. En consecuencia, puede decirse que el trabajador tiene derecho a un determinado puesto de trabajo frente a la adscripción a una determinada categoría o grupo que prevalece en el ámbito privado. Pues bien, con el nuevo sistema establecido en el CCU referente a la clasificación profesional, se ha avanzado hacia una mayor amplitud en las posibilidades de cambio de puesto de trabajo<sup>34</sup> entre aquéllos que se encuentren encuadrados dentro de un mismo grupo profesional. La flexibilidad que se proporciona con ello es considerable. Aunque habrá que ver cómo reaccionan las estructuras administrativas ante una lógica extraña frente a su tradicional modo de actuar<sup>35</sup>.

### 1.3.2 La clasificación profesional incorrecta en la Administración

<sup>33</sup> Vid. MOLERO MARAÑÓN, M.L.; *Acceso y clasificación profesional en las administraciones públicas*, Tirant lo Blanch, 1999, pág. 67.

<sup>34</sup> En cualquier caso, otro condicionante importante que no debe ser olvidado en esta cuestión es la previa existencia de una normativa legal que establece la clasificación de los puestos de trabajo entre funcionariales y laborales, me refiero al artículo 15. 1 C) LMRFP. En el mismo sentido pueden verse las consideraciones de SALA FRANCO, T. y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.; "La carrera profesional del personal laboral de la Administración Pública", en *Documentación Administrativa* nº 210-211, 1987, pág. 179; estos autores hablan de la "excepcionalidad del personal laboral en la Administración Pública" para concluir que tales previsiones legales "no parecen sentar bases sólidas que auguren una promoción profesional del personal laboral como tal personal laboral. La única vía de promoción profesional real habrá de ser entonces la de acceder a la Función Pública y convertirse en funcionarios."

<sup>35</sup> En esta línea se inscriben las interesantes reflexiones que a propósito de la noción de puesto de trabajo en el empleo público y los efectos que trae consigo el nuevo sistema instaurado por el CCU, realiza MOLERO MARAÑÓN, M.L.; *Acceso y clasificación profesional en las administraciones públicas*, Tirant lo Blanch, 1999, pág. 73.



*Pública: antiguos problemas.*

Como se ha podido comprobar a la luz de la anteriormente expuesta regulación del sistema de clasificación profesional que se implanta a partir de la entrada en vigor del CCU, una de las cuestiones que aparecen previstas es la relativa a las reclamaciones individuales sobre clasificación profesional. En este sentido, la modificación del grupo profesional y del área funcional de un trabajador sólo podrá realizarse a través de la promoción profesional regulada en uno de los capítulos del propio CCU. Este particular apartado resulta plenamente comprensible desde la consideración de la existencia de una circunstancia propia de la clasificación profesional de los trabajadores en la Administración pública como es la clasificación profesional incorrecta.

La problemática resolución de los problemas que trae consigo la clasificación profesional incorrecta en la Administración pone de manifiesto uno más de los aspectos de la contratación laboral de las administraciones públicas que plantea la confrontación entre la norma laboral y la administrativa. Como acertadamente se ha puesto de relieve, las diferencias de tratamiento ante la falta de correspondencia entre la clasificación profesional subjetiva y la objetiva según se trate de un contrato de trabajo celebrado con un empresario particular o con la Administración Pública, evidencian la existencia de “una de las especialidades que distinguen la relación laboral en el sector público del sector privado, manifestándose de nuevo la peculiaridad del empresario público sobre el contrato de trabajo celebrado”<sup>36</sup>.

Con carácter general, la cuestión se plantea cuando, desde el inicio de la relación laboral se produce una anómala clasificación profesional, de manera que las funciones que realmente realiza el trabajador no se corresponden con las que son propias de la categoría profesional inicialmente asignada. En estos casos, como se

---

<sup>36</sup> Vid. MOLERO MARAÑÓN, M.L.; *Acceso y clasificación profesional en las administraciones públicas*, Tirant lo Blanch, 1999, pág. 72; a quien vamos a seguir en la presente exposición.

entiende que no se trata de supuestos de movilidad funcional sino de un encuadramiento profesional incorrecto, la jurisprudencia estableció en un principio que la regla general es que se conceda la clasificación profesional correcta sin tener en cuenta las normas sobre ascenso “ya que el ascenso requiere la previa existencia de una función y de una categoría inferiores, circunstancia que no se produce cuando desde el comienzo de la relación laboral se han encomendado al trabajador funciones que no se corresponden con la categoría atribuida”<sup>37</sup>.

Esta solución implica diferenciar entre dos posibilidades. Si un trabajador desempeña desde el principio funciones de una categoría profesional pero está encuadrado en una categoría inferior, debe reconocérsele la categoría que realmente le corresponda<sup>38</sup>. Pero, si es en un momento posterior cuando el trabajador pasó a desempeñar las funciones de una categoría superior a aquella en la que fue encuadrado, no tiene derecho a consolidar dicha categoría superior sino que tendrá que cumplir lo que respecto a los ascensos y la promoción establezca el convenio colectivo aplicable. Lo que sí podrá hacer el trabajador en este último caso es reclamar las diferencias salariales existentes por el desempeño de las funciones propias de la categoría superior. De este modo, la jurisprudencia otorgó plena virtualidad jurídica al principio de equivalencia entre función y categoría<sup>39</sup>.

Pero, en el ámbito de las administraciones públicas dicho principio se debe poner en relación con aquéllos que también operan en este particular ámbito público

---

<sup>37</sup> STSJ Madrid de 10 de abril de 1991, (RJ.2612).

<sup>38</sup> MOLERO MARAÑÓN, M.L.; op. cit. pág. 75.

<sup>39</sup> “El principio de adecuación función-categoría, hoy contemplado con carácter general en el artículo 22.5 ET, es una situación excepcional en la que la realidad de los hechos se impone a la categoría profesional que se le haya asignado a un determinado trabajador (STSJ Madrid, de 17 de diciembre de 2002, JUR 169958). Por tanto debe interpretarse restrictivamente y en los justos términos en que así lo ha entendido la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, es decir, ligando su aplicación a que desde el principio de la relación laboral mantenida entre las partes, se desempeñen de manera efectiva las funciones que pueden sustentar una categoría profesional diferente, normalmente de rango superior (STSJ Madrid de 19 de diciembre de 2001, As.1948)”, SEMPERE NAVARRO, A. V. y QUINTANILLA NAVARRO, R.Y.; *La contratación laboral en las Administraciones Públicas*, Cuadernos de Aranzadi Social, nº 17, 2003; pág. 117

y que están encaminados a garantizar que el acceso a cada puesto de trabajo en la Administración Pública se efectúe con respeto a la igualdad y según el mérito y la capacidad. En consecuencia, si debido a una clasificación inicial incorrecta, se consolida la permanencia del trabajador en una categoría profesional superior para la cual no fue seleccionado se estaría posibilitando la entrada de personal laboral fijo en un puesto al margen de los procedimientos legales y reglamentarios que en el ámbito público regulan el acceso a los mismos.

Estas son las consideraciones que sin duda estaban detrás del pronunciamiento del Tribunal Supremo que en Unificación de Doctrina “modificó de manera sustancial la jurisprudencia anterior”<sup>40</sup>. Esto se produjo en la STS de 27 de diciembre de 1991<sup>41</sup> en la que se recuerda que la aplicación del Derecho del Trabajo en las administraciones públicas debe hacerse con respeto a las peculiaridades que se derivan de su legislación específica. Así pues, a pesar de que la aplicación del derecho del trabajo obliga a reconocer la vigencia para los contratos de trabajo del principio de equivalencia función-categoría, no se trata de una norma incondicional sino de un criterio cuya aplicación admite matizaciones. Y la principal matización en este ámbito es la regla de selección en las administraciones públicas por un procedimiento que permita valorar los méritos de los candidatos<sup>42</sup>.

La doctrina establecida por el Tribunal a este respecto es conocida ya en su reflejo sobre la solución de otros problemas jurídicos que la contratación laboral plantea a las administraciones públicas<sup>43</sup>, de hecho, se ha hecho referencia a ella en otros apartados anteriores de este trabajo. Entre las reflexiones que están contenidas

---

<sup>40</sup> MOLERO MARAÑÓN, M.L.; op. cit. pág. 79.

<sup>41</sup> Puede verse un comentario a la misma de: GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F.; “Clasificación profesional en las Administraciones Públicas y la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1990”, *Tapia* 65/1992.

<sup>42</sup> En estos términos se pronunciaba la Sala de lo Social del Tribunal Supremo cuya doctrina ha sido posteriormente completada en el Voto Particular formulado por los Magistrados Srs. DESDENTADO BONETE y MARTÍN VALVERDE a la STS de 3 de junio de 1994 (RJ. 5402).

<sup>43</sup> En concreto sobre la problemática resolución de las irregularidades cometidas por la administración en la contratación laboral temporal.

en el mencionado voto particular, existe una referencia a la especial posición de las Administraciones públicas y su servicio al interés general y también a la especial proyección del principio de igualdad en la actuación de los poderes públicos que ha determinado la previsión por otras leyes de limitaciones que “vienen a establecer un auténtico régimen especial de contratación laboral cuando el empleador es una Administración Pública”<sup>44</sup>

Ciertamente, los principios reguladores del acceso a los puestos de trabajo en la Administración que se encuentran establecidos en la norma, concretamente en el artículo 19 LMRFP, resultan igualmente aplicables tanto al personal laboral como al funcionario<sup>45</sup>. Sin embargo, no puede dejar de observarse que como consecuencia de la aplicación de esta doctrina, aquellos trabajadores incorrectamente clasificados desde el inicio por la Administración empleadora no podrán ver corregida dicha anomalía. Y así, en la administración habrá trabajadores con una falta de adecuación entre su categoría y las funciones realizadas efectivamente, trabajadores que únicamente podrán reclamar las cantidades debidas en concepto de diferencias salariales<sup>46</sup> pero que, paradójicamente, permanecerán en una situación irregular en cuanto a la determinación de sus funciones<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> Como se argumentaba en el citado Voto Particular.

<sup>45</sup> Así argumentaba frente a quienes oponían que la doctrina mencionada provenía de la aplicación de preceptos relativos a los funcionarios a los trabajadores al servicio de la Administración, GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F.; “Clasificación profesional en las Administraciones Públicas y la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1990”, *Tapia* nº 65, 1992, que sostiene que ni el artículo 103 de la Constitución, ni el artículo 19.1 de la Ley 30/1984 deben circunscribirse a los funcionarios *stricto sensu* sino que deben aplicarse a todos los empleados públicos. El mismo autor continúa argumentando que “un precepto no forma parte del derecho administrativo ni del derecho laboral por la disposición en que se inserte sino por las relaciones que discipline y, en cuanto se refiere a las relaciones laborales, el precepto citado forma parte del derecho laboral, como norma especial para los trabajadores al servicio de las Administraciones Públicas”.

<sup>46</sup> SALA FRANCO, T. y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.; “La carrera profesional del personal laboral de la Administración Pública”, en *Documentación Administrativa* nº 210-211, 1987, pág 185.

<sup>47</sup> Pueden verse ejemplificativamente, las sentencias dictadas en materias relativas a la reclamación de diferencias salariales, las del Tribunal Supremo de 18 de marzo (RJ. 3583), 12 de

Es, por otra parte, relativamente fácil imaginar el riesgo de desmotivación que esta solución trae consigo precisamente cuando lo que se persigue es todo lo contrario. No han faltado por consiguiente, críticas doctrinales a la solución jurisprudencial en la materia de la clasificación incorrecta en la Administración Pública. Principalmente, se ha advertido la posibilidad de cuestionar incluso la propia validez de un contrato de trabajo que en cuanto a uno de sus elementos esenciales como es el de la determinación de su objeto (pues no otra cosa es la clasificación profesional) adolece de un vicio grave<sup>48</sup>. A mayor abundamiento, dicha clasificación incorrecta evidencia que todo el procedimiento seguido con carácter previo, la convocatoria, la selección...se ha llevado a cabo para un puesto que posteriormente no es el que ha resultado cubierto.

Así pues, en estos supuestos, siempre estará abierta la posibilidad de que aquellos que ostenten un interés legítimo, como pueden ser otros aspirantes o también los representantes de los trabajadores<sup>49</sup>, impugnen el contrato o la convocatoria. De modo que el trabajador se hallará en una inestable posición que le obliga a permanecer a expensas de que se pueda declarar la nulidad del contrato<sup>50</sup>.

---

marzo (RJ. 4949), de 29 de abril (RJ. 4536) y de 27 de mayo (RJ. 5082) del 2003.

<sup>48</sup> MOLERO MARAÑÓN, M.L.; op. cit. págs. 83 y 84. "Si desde el mismo momento en que el trabajador ingresa en su puesto, se le asigna por la Administración un puesto de trabajo distinto para el que fue seleccionado, no estamos ante una simple irregularidad en la conformación de la relación laboral sino ante un vicio grave que, al afectar a uno de los aspectos decisivos que conducen a la celebración del vínculo, puede dar lugar a su nulidad (art. 1265 CC) incidiendo en última instancia, en la propia licitud de la convocatoria".

<sup>49</sup> Vid. SSTSJ Comunidad Valenciana de 13 de enero de 2000, rec n° 4/1997 y de Castilla y León de 8 de octubre de 2001, rec. n° 1278/2001. Vid. también STS de 7 de mayo de 2003, rec. N° 4108/2001. En todo caso, la nulidad del contrato de trabajo puede ser hecha valer en cualquier momento y sin necesidad de ejercitar acción alguna, aunque quien ostente un interés legítimo puede instar la declaración de nulidad ante los órganos de la jurisdicción laboral. Igualmente puede ser apreciada de oficio por el juez sin que nadie la haya instado. Vid. DIEZ-PICAZO, L.; *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, Madrid, 1983, págs. 314 y ss.

<sup>50</sup> Ciertamente, como ha señalado MOLERO MARAÑÓN, M. L.; op. cit. pág. 87, en la práctica, esta circunstancia se produce sólo excepcionalmente. No obstante, la posibilidad de declaración de nulidad del proceso selectivo determinará la nulidad del propio contrato, ya conocemos la doctrina del Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de marzo de 1999 (2124), sentencia que cuenta con un importante voto particular. Al respecto pueden verse los interesantes comentarios que los profesores QUINTANA LÓPEZ, T. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. realizan en "Efectos de la anulación de los actos separables sobre la contratación laboral de las

Una vez más se debe hacer notar que se trata de soluciones que sólo benefician a la Administración contratante, que pese a la existencia de un vicio grave, en este caso en el encuadramiento, en otros supuestos se tratará de irregularidades en la contratación...etc., no recibe ningún tipo de consecuencia sancionadora del ordenamiento. Como en tantas otras ocasiones hemos señalado desde estas líneas, en la búsqueda de una aplicación de la norma laboral respetuosa con los principios administrativos se presenta un grave riesgo de que las soluciones impongan al trabajador contratado por la Administración la carga de la permanente inestabilidad.

Una posible actuación de entre las que han sido propuestas hasta el momento contempla la adopción de medidas disciplinarias dentro de la Administración frente a los funcionarios que resultaran responsables de irregularidades en la contratación, como en este caso es la clasificación incorrecta del trabajador<sup>51</sup>. Por otra parte sería posible acudir a la aplicación analógica del artículo 39.4 ET ante un cambio funcional más allá de la duración<sup>52</sup>.

#### **1.4. Clasificación de los funcionarios al servicio de la Administración: La conciliación del sistema de carrera y del sistema de empleo.**

##### *1.4.1 El sistema de clasificación en la función pública.*

---

Administraciones Públicas”, *Aranzadi Social*, 2001, vol. VI, págs. 93 a 103. Estos autores, entienden en la misma línea contenida en el mencionado Voto Particular que el contrato de trabajo será nulo de pleno derecho cuando los actos administrativos relevantes del proceso de selección hayan sido anulados por resolución firme en el correspondiente procedimiento y que las consecuencias de dicha nulidad serán las establecidas en el artículo 9.2 ET, por lo cual, la Administración Contratante deberá abonar al trabajador indebidamente contratado la retribución correspondiente al trabajo prestado. Ello sin perjuicio de que “siempre queda abierta la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración, a través de la cual el trabajador puede obtener el resarcimiento del eventual daño que se le hubiera causado, asegurando con ello su total indemnidad”.

<sup>51</sup> La responsabilidad disciplinaria del sujeto infractor se cifraría en considerar como una falta muy grave “la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos”: artículo 6 Reglamento del Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado.

<sup>52</sup> MOLERO MARAÑÓN, M.L.; op. cit. pág. 89.

Es posible encontrar cierto paralelismo entre la regulación que sobre clasificación se efectúa en la legislación de función pública y el signo de la legislación laboral en la materia. El tránsito efectuado en Derecho del Trabajo desde el sistema de clasificación profesional basado en categorías profesionales, hasta el sistema de clasificación basado en grupos profesionales y la incorporación de conceptos como la equivalencia y polivalencia funcional, no sólo reflejan un nuevo perfil de trabajador, sino que están expresando determinadas necesidades en la organización del trabajo y en la ordenación de los recursos humanos. De un modo similar puede decirse que han evolucionado las concepciones en el derecho regulador de los funcionarios públicos. La necesidad de cierta flexibilidad en la organización se encontraba sin duda detrás de estas innovaciones y también, por qué no decirlo, detrás de la introducción de mecanismos flexibilizadores en la función pública, se encontraban nuevas concepciones acerca de lo que la función pública era y representaba. En este sentido, se ha tratado de acompasar la antigüedad, el automatismo, la estabilidad, el garantismo, con la implantación de un sistema ordenador de la carrera que, incentivando al personal y estableciendo recompensas según el mayor mérito de los empleados, favoreciera al mismo tiempo la movilidad.

Como ya se ha visto, la clasificación profesional del personal laboral de la Administración General del Estado, según el CCU, se estructura en grupos profesionales, áreas funcionales, categorías y, en su caso, especialidades. La estructura profesional de la función pública se configura a través de los cuerpos y escalas, los grupos de titulación y el grado personal. El ingreso del funcionario en la Administración se lleva a cabo, por regla general, a través de un cuerpo o escala determinado. Para acceder a cada uno están establecidos requisitos y pruebas selectivas específicas. El hecho de pertenecer a un cuerpo o escala posibilitará al funcionario la ocupación de unos determinados puestos de trabajo, en concreto, aquéllos que impliquen el desempeño de tareas propias de la especialidad profesional de cada cuerpo<sup>53</sup>. Serán las relaciones de puestos de trabajo las que

---

<sup>53</sup> Si bien, pueden existir puestos susceptibles de ser desempeñados por funcionarios de varios

determinen los cuerpos y escalas de funcionarios que pueden desempeñar los distintos puestos de trabajo<sup>54</sup>. Por otra parte, los cuerpos y escalas se clasifican en cinco grupos según la titulación exigida al funcionario para su ingreso en cada uno de ellos y de este modo, la pertenencia a un cuerpo o escala superior permitirá acceder a los puestos más altos que a ellos están adscritos<sup>55</sup>.

Los puestos de trabajo, a su vez, se clasifican en niveles, del 1 al 30. Serán el Gobierno y los órganos de Gobierno de las CCAA quienes determinen los intervalos de nivel que corresponden a cada cuerpo. El nivel que tenga asignado el puesto de trabajo que un funcionario ocupe, determinará el nivel de complemento de destino que se le atribuirá como uno de los conceptos retributivos. El nivel también permite alcanzar un determinado grado personal que es algo parecido a la categoría profesional del funcionario<sup>56</sup>. El grado personal es aquella cualidad adquirida por el funcionario por el desempeño de determinados puestos de trabajo durante cierto tiempo. Al ingresar en un cuerpo, el funcionario adquiere automáticamente el grado correspondiente al puesto de trabajo que primeramente ocupe, luego podrá ir adquiriendo un grado personal superior si desempeña durante dos años consecutivos o tres con interrupción, uno o más puestos de trabajo de ese nivel.

De un modo semejante a aquel de la categoría profesional, el grado personal constituía inicialmente una garantía del puesto de trabajo a desempeñar ya que, por una parte, ningún funcionario podrá ocupar un puesto superior en dos niveles a su grado con lo que el ascenso debería producirse de un modo paulatino, y por otra, tampoco podrá asignarse a ningún funcionario un puesto de trabajo inferior en más

---

cuerpos o escalas, Vid. SÁNCHEZ MORÓN, M.; *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, 1997, pág. 149.

<sup>54</sup> Art. 26 LMRFP.

<sup>55</sup> Así, para el grupo A: título de doctor, licenciado, ingeniero, arquitecto o equivalente. Para el grupo B: título de ingeniero técnico, diplomado universitario, arquitecto técnico, formación profesional de tercer grado o equivalente. Para el grupo C: título de bachiller superior, formación profesional de segundo grado o equivalente. Para el grupo D: título de graduado escolar, formación profesional de primer grado o equivalente. Para el grupo D: certificado de escolaridad.

<sup>56</sup> Vid. SÁNCHEZ MORÓN, M.; *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, 1997, pág. 149.



de dos niveles a su grado personal y ello le protegía frente a descensos bruscos en la escala jerárquica. No obstante, en la actualidad y después de la reforma que se introdujo con la Ley 23/1988, el sistema de grados personales se ha convertido en “una especie de concepto retributivo”, que consolida el complemento de destino.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, es clara la determinante presencia de la noción del puesto de trabajo y, en consecuencia, también de las relaciones de puestos de trabajo. Según el esquema resultante de la interconexión de ambos sistemas de clasificación en el empleo público, cada puesto de trabajo aparecerá identificado en la RPT, en primer lugar, asignándolo a personal funcionario o laboral y después, dependiendo de aquella inicial adscripción, encuadrándolo en un determinado grupo, área funcional y categoría profesional si es laboral, o bien, adscribiéndolo a uno o a varios cuerpos o escalas, con un determinado intervalo de nivel e integrado dentro de un grupo.

Se observa, así pues, que, con absoluta independencia de cuál sea el sistema de clasificación según se trate de personal funcionario o laboral, serán las relaciones de puestos de trabajo las que se configuren como el instrumento común para la organización de todos los puestos tanto funcionariales, como laborales, sirviendo así de nexo para la toma en consideración homogénea del personal<sup>57</sup>. Desde esta común consideración, las decisiones de organización administrativa, como veíamos, adquieren una especial trascendencia en lo que respecta al personal, funcionario o laboral, pues será siempre a resultas de una actuación administrativa como se

---

<sup>57</sup> En efecto, las relaciones de puestos de trabajo, suministran una información completa y en detalle acerca de cada uno de los puestos de trabajo existentes en la organización pública. Ese carácter informativo se ha visto aún más reforzado con la entrada en vigor de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social en cuyo artículo 50 se modifica el apartado b) del punto 1 del artículo 15 de la Ley 30/1984 para ampliar el contenido informativo que deben tener las relaciones de puestos de trabajo, quedando el precepto redactado de la forma siguiente: “Las relaciones de puestos de trabajo indicarán, en todo caso, la denominación y sistema de provisión de los mismos; el nivel de complemento de destino y, en su caso, el complemento específico que corresponda a los mismos cuando hayan de ser desempeñados por personal funcionario, o la categoría profesional y régimen jurídico aplicable cuando sean desempeñados por personal laboral”.

incidirá posiblemente en la situación de los empleados. Esta actuación administrativa se verá reflejada normalmente en un Plan de Empleo aplicable, tanto a un colectivo de empleados, como a otro. En virtud de un Plan de Empleo se podría acordar la modificación de la clasificación profesional, con lo que se produciría una modificación de la relación laboral basada en una decisión previa de naturaleza jurídico-administrativa<sup>58</sup>. Y también en el contexto de un Plan de Empleo se podrán adoptar decisiones de reasignación o redistribución de efectivos funcionariales.

#### 1.4.2 La carrera administrativa

Como ya anticipábamos en el primer capítulo, pocos aspectos relativos al estatuto del personal público hay tan cruciales como la regulación de la carrera administrativa<sup>59</sup>. De hecho, la propia evolución normativa producida con los años ha girado fundamentalmente alrededor de esta cuestión. Y es que puede decirse que los elementos esenciales que todo sistema de carrera debería contemplar como son, que ésta se base en la capacidad del empleado, que le proporcione cierta estabilidad y que resulte gratificante y motivadora, entroncan, de una manera u otra, con los valores y los principios que continuamente se manejan al tratar el empleo público<sup>60</sup>. Me refiero a la imparcialidad y a la objetividad, al mérito y también a la eficacia administrativa, pues todos estos aspectos han estado presentes en las sucesivas regulaciones que se han producido, si bien en proporciones variables, dado que el acento se ha ido poniendo más o menos en un aspecto o en otro, dependiendo de la evolución histórica.

Del mismo modo, ya se afirmaba en páginas anteriores, concretamente en el

---

<sup>58</sup> SÁNCHEZ DÍAZ, L.; “Modificaciones en la relación laboral del personal al servicio de las administraciones públicas”, *Poder Judicial* nº 45, págs. 445 a 477. pág. 463.

<sup>59</sup> El *Estudio Delphi: La modernización de los procedimientos de actuación en la Administración Pública*, contemplaba la carrera administrativa del siguiente modo: La carrera administrativa es “el segundo instrumento básico de incentivación” y “es percibido globalmente de forma parecida al sistema retributivo”. pág. 52, MAP, 1990.

<sup>60</sup> SOLANA PÉREZ, A; “La carrera administrativa de los funcionarios públicos” en AA.VV.: *Lecciones de Función Pública*, CASTILLO BLANCO, F. (Dir), CEMCI, 2003, págs. 455 y 456.

primer Capítulo, que nuestro modelo de ordenación de la función pública presenta elementos característicos de un sistema de carrera, como las categorías profesionales, el criterio de la antigüedad o la existencia de cuerpos, pero, al propio tiempo, también se pueden ver en él elementos propios de un sistema abierto o de un sistema de empleo, como principalmente es el puesto de trabajo. Así pues, es sabido lo que representa básicamente cada uno de estos dos sistemas de ordenación, pero en todo caso, cabe reiterar el carácter mixto del sistema actual debido a la conjunción de elementos provenientes de uno y otro. Ello es en buena parte el resultado de una evolución histórica que, como en su momento se vio, ha ido incorporando elementos nuevos y produciendo continuos ajustes, y cuyo resultado hasta el momento, será estudiado a continuación.

La entrada en vigor de la LMRFP representó, como sabemos, un hito importante. Iniciativas anteriores, la Ley de Funcionarios Civiles del Estado sin ir más lejos, habían avanzado en la dirección de un sistema de puestos introduciendo mecanismos correctores del poder de los cuerpos en la determinación de la carrera de los funcionarios y en la clasificación de los puestos de trabajo en la Administración Pública. Pero, sin duda, fue la LMRFP la que introdujo las relaciones de puestos de trabajo como el auténtico eje vertebrador de toda la carrera. Así, aunque a través de los cuerpos y escalas se organiza el acceso a la función pública, la carrera se articula a través de la sucesiva ocupación de puestos de trabajo, ya sea mediante concurso o por libre designación.

Además, se introduce, como decíamos, la noción de grado personal que se irá adquiriendo mediante el desempeño durante un cierto tiempo de puestos de trabajo<sup>61</sup>. El funcionario irá consolidando el grado como si se tratara de una categoría personal y éste le asegura al menos el complemento de destino de los puestos de nivel correspondiente a su grado personal. Otras medidas importantes

---

<sup>61</sup> también se prevé la posibilidad de adquirir el grado personal mediante la superación de cursos específicos u otros requisitos objetivos que se determinen por el Gobierno.

que se acompañan con esta norma relativas a la carrera, son la adscripción indistinta de los puestos de trabajo, tratando de evitar con ello la pugna entre los cuerpos para reservarse los puestos mejores, y en esta misma línea de reducir, o neutralizar al menos, el poder que los cuerpos habían ido adquiriendo en nuestra función Pública, destaca también la generalización de los procedimientos de provisión, la organización del sistema en grupos<sup>62</sup>, niveles y grados personales, como decíamos. En conclusión, se trata de que la carrera de los funcionarios públicos no sea algo automático, que esté basada exclusivamente en elementos objetivos como la antigüedad.

En consecuencia, es posible la identificación en el sistema de carrera actual de los funcionarios públicos de ciertos elementos ligados al Cuerpo como son los propios cuerpos y la función que les otorga el sistema<sup>63</sup>, el grado personal y la estructuración dada a la promoción profesional. Por otro lado, también, como se sabe, aparecen elementos de carrera ligados al puesto de trabajo, los niveles, fundamentalmente, y la garantía de desempeño del puesto de trabajo sobre la que volveremos más adelante. El resultado conjunto de esta variedad de elementos configura el siguiente esquema: Todo puesto de trabajo está integrado en un nivel cifrado, todo nivel en un cuerpo o escala y cada uno de éstos se ubica en un grupo.

---

<sup>62</sup> Como ha señalado MARTÍNEZ MARÍN, A.; *Régimen Jurídico de los Funcionarios*, Tecnos, 2001, pág. 55, la estructura interna de la función pública española responde a un criterio exógeno a ella misma: las cinco titulaciones básicas existentes en el sistema español.

<sup>63</sup> La clasificación de los funcionarios en grupos es una aportación de la Ley 30/1984, pero dentro de esta clasificación, los funcionarios forman parte de cuerpos o escalas, que se dividen desde el Estatuto de 1918, en Generales y Especiales. Los Cuerpos Generales desempeñan tareas comunes al ejercicio de la actividad administrativa y la Ley de 1964, junto con las sucesivas reformas, los clasifica en: Técnico (que desde la Ley 30/1984 cambia la denominación del Cuerpo General Técnico por el de Cuerpo Superior de Administradores Civiles), Gestión (creado por las D.A. 2ª y 9ª de la Ley 23/1988, de 28 de julio), Administrativo, Auxiliar y Subalterno. Así cada uno de estos cuerpos se corresponde con uno de los cinco grupos que se ajustan a las cinco titulaciones básicas del sistema educativo español.

### **1.5. La movilidad de los empleados públicos como principal mecanismo de flexibilidad en este ámbito.**

#### *1.5.1 La evolución en paralelo de dos regulaciones distintas: Entre el garantismo y la planificación de los recursos humanos.*

Son los aspectos relativos a los sistemas de clasificación profesional y de movilidad, aquéllos en los que mejor se puede observar el sentido que tuvo la reforma del mercado de trabajo de 1994. Un conjunto de leyes determinaron, sin duda, la modificación de mayor amplitud producida en nuestras relaciones laborales desde el Estatuto de los Trabajadores de 1980<sup>64</sup>. Dicha reforma tuvo entre sus objetivos el fomento de la flexibilidad en las relaciones laborales<sup>65</sup>, lo que en materia relativa al desarrollo de la relación laboral, se traducirá en la ampliación del espacio reservado a las medidas propias del poder unilateral de dirección empresarial, así como la remisión a instrumentos colectivos de ordenación<sup>66</sup>.

Como se puede comprobar, el sector público no ha quedado al margen de dicha tendencia y también en este ámbito, son los aspectos relativos a la movilidad del personal, aquéllos en los que mejor se refleja la progresiva búsqueda de una mayor capacidad de adaptación de la organización a través de la movilidad de sus empleados. Ciertamente, la dualidad de regímenes jurídicos y, sobre todo, las diferentes regulaciones de la clasificación profesional, pueden ser factores que

---

<sup>64</sup> Sobre ella puede verse, entre otros, AA.VV.: *La reforma del Mercado Laboral*, (VALDÉS DAL-RE, F.; Dir.), Lex Nova, 1994.

<sup>65</sup> La problemática delimitación del concepto de “flexibilidad” ha sido puesta de manifiesto por la doctrina; vid. MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.; *La nueva regulación de la movilidad funcional*, Aranzadi, 1995, en cuyo capítulo segundo se analiza la flexibilidad laboral como elemento instrumental, págs. 39 a 58. El carácter polivalente y metajurídico de este término ha sido objeto de interesantes reflexiones doctrinales entre las que destacan: RODRIGUEZ-PIÑERO, M; “Flexibilidad: ¿un debate interesante o un debate interesado?”, *Relaciones Laborales* vol. I/1987, págs. 14 a 18; SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.; “Hacia una concepción positiva de la flexibilidad laboral”, *Relaciones Laborales*, vol. I/1989, págs. 107 a 127; SALA FRANCO, T, “El debate sobre las políticas de flexibilidad laboral y el Derecho del Trabajo”, en AAVV: *La flexibilidad laboral en España*, IRL, 1993, pág. 39 a 49.

<sup>66</sup> MATÍA PRIM, J., “Sentido y alcance de la reforma de la legislación laboral”, en AA.VV. *La reforma del Mercado Laboral*, Lex Nova, 1994, págs. 15 a 35.

dificulten a primera vista una aproximación unitaria a la materia. Sin embargo, más allá de las diferencias, se pueden aislar importantes elementos de semejanza en la regulación de la movilidad para ambos colectivos.

En este sentido se han ido inscribiendo los pasos dados mediante la negociación llevada a cabo entre la Administración y las Organizaciones Sindicales. Sin ir más lejos, bastaría observar algunas de las materias que se han incluido en el Acuerdo Administración-Sindicatos para el periodo 2003-2004. En el Capítulo II de dicho Acuerdo se contienen algunas importantes medidas sobre movilidad de los empleados públicos que serán detalladas en las líneas siguientes pero, por el momento, es importante destacar que se trata de actuaciones comprensivas de todo tipo de empleados públicos. Para ello está prevista la realización de un Diagnóstico Global de Recursos Humanos.

a) La movilidad del personal laboral en el Convenio Colectivo Único.

Tal como se viene analizando desde las anteriores páginas, la regulación o el tratamiento efectuado sobre instituciones como la clasificación profesional, la movilidad o, como se verá más adelante, la jornada u otras, para el personal laboral se hallan contempladas por una fuente de origen profesional que es el CCU a cuya regulación se están haciendo continuas remisiones. Siendo conscientes del valor que el contenido regulador concreto reviste, se ha tomado la decisión de hacer este seguimiento y observación del mismo. Aunque desde su entrada en vigor en 1998 ha sido sometido a sucesivas prórrogas anuales, podrá ser sustituido en el futuro próximo por una nueva norma convencional y sin embargo, como ya se tuvo oportunidad de señalar, el tratamiento unificado que esta norma efectúa para la gran mayoría del personal laboral al servicio de la Administración General del Estado, así como el hecho de constituir la única norma reguladora comprensiva de las evidentes peculiaridades que se deben atender en este ámbito, justifican su estudio pormenorizado.

Entre las consecuencias más importantes de todas las pretendidas con la entrada en vigor del nuevo sistema de clasificación profesional establecido en el CCU, se encuentra la ampliación del ámbito dentro del cual se pueden acordar decisiones de movilidad funcional de los trabajadores al servicio de la Administración Pública. Así, en el momento actual y según el tenor de lo dispuesto en el artículo 22.1 del mencionado convenio; “Los órganos competentes de la Administración General del Estado podrán acordar en el ámbito de este convenio la movilidad funcional entre puestos de trabajo dentro del grupo profesional al que pertenezca el trabajador, con las únicas limitaciones de la titulación académica o profesional exigida para ejercer la prestación laboral y de las aptitudes de carácter profesional necesarias para el desempeño del puesto de trabajo, que podrán completarse, previa realización, si ello fuera necesario, de los procesos básicos de formación y adaptación”.

Es claro que con base en la configuración clasificatoria más amplia que contiene la noción de grupo profesional, y que ha ratificado la regulación presente del CCU, correlativamente se ha dibujado un panorama espacioso en el que se puede producir la movilidad funcional. De este modo se pretende ir superando las limitaciones que imponían las rígidas categorías del anterior sistema, que ahora han dejado de jugar un papel nuclear manteniéndose como pura referencia y cediendo el paso en el procedimiento de adscripción de los trabajadores, a los grupos profesionales y a las áreas funcionales, tal como se veía más arriba. En consecuencia, ahora, como por otra parte resulta obligado desde la propia dicción del Estatuto de los Trabajadores, la movilidad funcional no tendrá otras limitaciones que las exigidas por las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y por la pertenencia al grupo profesional<sup>67</sup>.

---

<sup>67</sup> Así, en coherencia con lo dispuesto en el artículo 39.1 de la ET, la regulación que efectúa el artículo 22 del CCU se refiere también a las limitaciones de la titulación académica o profesional exigida para ejercer la prestación laboral y a “las aptitudes de carácter profesional necesarias para el desempeño del puesto de trabajo, que podrán completarse, previa realización, si ello fuera necesario, de procesos básicos de formación y adaptación”.

Sin embargo, y seguramente por la consideración del carácter amplio y heterogéneo que ahora reviste el grupo profesional, la norma colectiva dispone la existencia de un procedimiento que deberá observarse cuando la movilidad funcional que se acuerde implique el desarrollo de funciones de distinta área funcional, categoría o especialidad profesional cuando ésta esté prevista en la Relación de Puestos de Trabajo<sup>68</sup>. En estos casos, el procedimiento establecido por la norma colectiva marca tres requisitos. En primer lugar, la decisión de movilidad funcional debe ser comunicada a la Subcomisión Departamental. Se impone así al órgano gestor una actuación justificativa de la medida pues se trata de una “comunicación motivada”. Las subcomisiones departamentales son órganos delegados, dependientes de la comisión paritaria del convenio, la CIVEA, que se crean en el ámbito de cada departamento como subcomisiones paritarias integradas por representantes de las partes firmantes del convenio y que se encargarán de la interpretación, vigilancia, estudio y aplicación del mismo en el respectivo ámbito<sup>69</sup>.

En segundo lugar, se prevé el establecimiento de unos “criterios de precedencia para asignar a los trabajadores afectados” por la decisión de movilidad funcional. La exigencia del establecimiento de criterios objetivos resulta ineludible para una Administración Pública y constituye una cualificada diferencia con respecto a cualquier otro empleador privado para el cual no se establecen más límites que los derivados de la prohibición de discriminación a la hora de identificar los trabajadores afectados por una decisión de movilidad, modificación o incluso de extinción. En tercer lugar, se contempla la posibilidad de establecer programas de formación y adaptación al puesto de trabajo lo que constituye una ayuda a la adaptación del trabajador asignado al nuevo puesto de trabajo a través de medidas específicas<sup>70</sup>. Dicha previsión se justifica en consideración a que la movilidad

---

<sup>68</sup> Siempre la organización por medio de la relación de puestos de trabajo, como vemos, manifestándose con ello, una vez más el papel nuclear que el puesto de trabajo desempeña en la organización administrativa.

<sup>69</sup> Vid. art. 7 e) CCU.

<sup>70</sup> Ocioso resulta recordar que la movilidad se efectuará sin menoscabo de la dignidad del



funcional implique el desarrollo de funciones de distinta área funcional, categoría o especialidad profesional.

Por otra parte, y en lo que respecta a los efectos que dicha movilidad puede provocar sobre los ascensos o la promoción profesional, el hecho de que un puesto de trabajo sea ocupado por el mismo trabajador, o por otro diferente, durante un año continuado o dos alternos en un plazo de tres años desde la entrada en vigor del convenio, obligará a la readaptación del puesto de trabajo. Se trata de una operación de índole organizativa cuya potestad corresponde a la Administración Pública empleadora. Pero, una vez producida la citada readaptación, téngase en cuenta que la cobertura del puesto de trabajo deberá ajustarse a los específicos procedimientos de cobertura de vacantes establecidos en el Capítulo 6 del propio CCU<sup>71</sup>.

Precisamente, en atención a esta última consideración, en ningún caso, según se dispone expresamente al final del artículo 22 del CCU, podrá ser valorado como mérito para la provisión de ese puesto de trabajo el tiempo de servicios prestados como consecuencia de la movilidad funcional regulada en dicho artículo. Esta previsión evidencia los efectos de la doctrina ya expuesta sobre las salvedades que cabe hacer en la Administración Pública a la aplicación del principio de adecuación función-categoría y la vigencia de los principios de mérito y capacidad, así como de objetividad en la cobertura de los distintos puestos de trabajo. Con la expresa previsión de este conjunto de medidas se asegura que la promoción profesional se efectuará en virtud de lo establecido reglamentaria y convencionalmente, tratando

---

trabajador y sin perjuicio de su formación y promoción profesional, teniendo derecho a la retribución correspondiente al puesto que efectivamente se desempeñe, salvo en los casos de encomienda de funciones inferiores, en los que mantendrán la retribución de origen, pero en cualquier caso, así lo contempla el propio artículo 22.2 CCU.

<sup>71</sup> Vid. art. 29 CCU que establece los principios generales del sistema de provisión de vacantes. Asimismo se establecen los procedimientos y el orden para la cobertura de los puestos de trabajo vacantes de personal laboral: 1) Reingreso (ex art. 59 CCU), 2) Traslado, 3) Promoción profesional, 4) Movilidad entre administraciones públicas, 5) Convocatoria libre. Con carácter previo a todas estas fases, las vacantes a cubrir se ofertarán a los trabajadores afectados por un Plan de Ordenación de Recursos Humanos, siempre que el citado Plan lo prevea y de acuerdo con lo que establezca.

de evitar así que las situaciones de hecho en el empleo público acaben configurando situaciones de derecho al margen de los procedimientos objetivos establecidos a tal fin<sup>72</sup>.

Vistas las prevenciones reguladoras de la movilidad funcional ordinaria, más reforzadas resultan aquellas que rodean la regulación de la movilidad funcional ascendente o descendente. En efecto, en supuestos de encomienda de funciones propias de un grupo profesional distinto de aquél en el que el trabajador se encuentra encuadrado, el artículo 23 del CCU reconduce los presupuestos que deben darse, según lo que dispone el artículo 39.2 ET<sup>73</sup>, para poder acordar la movilidad funcional para la realización de funciones no correspondientes al grupo profesional, al indeterminado y amplio concepto “necesidades del servicio”<sup>74</sup>. La encomienda de funciones inferiores deberá estar justificada por necesidades perentorias o imprevisibles del servicio, además de por la concurrencia de los otros presupuestos de hecho que resultan comunes a ambas clases de movilidad, no pudiendo ser su duración, en su totalidad, superior a un mes en un año. En este aspecto, se introduce una importante limitación del margen de apreciación por parte del órgano gestor de la vigencia de dichas necesidades perentorias o imprevisibles al establecer como máximo una duración de un mes, si bien, computado dentro del periodo de un año.

En el caso de encomienda de funciones superiores, destaca la previsión de una norma de preferencia para la atribución de dichas funciones. Éstas se encomendarán preferentemente a trabajadores encuadrados dentro del grupo profesional

---

<sup>72</sup> En este sentido, vid. FABREGAT MONFORT, G.; “La movilidad funcional del personal laboral de las administraciones públicas. (análisis de los artículos 22 y 23 del Convenio Colectivo único del Personal Laboral de la Administración General del Estado)”, en: AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, vol. I, MTAS, 2001, pág. 4

<sup>73</sup> La movilidad funcional para la realización de funciones no correspondientes al grupo profesional, sólo será posible si existiesen razones técnicas u organizativas que la justificasen y por el tiempo imprescindible para su atención.

<sup>74</sup> FABREGAT MONFORT, G.; “La movilidad funcional del personal laboral de las Administraciones ...”, op. cit. pág.472, lo asimila a las “razones técnicas u organizativas” a las que se refiere el art. 39.2 ET.

inmediatamente inferior a aquel en el que se encuentre el puesto cuyas funciones se deban cubrir temporalmente. Dado que la movilidad funcional ascendente es la que con mayor probabilidad, puede causar interferencias con respecto a los procesos de promoción, los sujetos negociadores del convenio se han cuidado de establecer con claridad determinadas pautas. En todo caso, la atribución de funciones superiores no durará más de seis meses en un año u ocho meses durante dos, computados de fecha a fecha y será acordada atendiendo a criterios objetivos. Si se superan los plazos anteriormente mencionados y existiendo un puesto de trabajo vacante del mismo grupo profesional, permaneciese la necesidad de su ocupación, la cobertura del mismo se deberá llevar a cabo con arreglo al procedimiento de provisión de vacantes establecido por el propio CCU en el Capítulo 6.

Así pues, no es requisito sólo el que se superen los plazos previstos desempeñando las funciones propias de un grupo superior, es preciso además que exista un puesto de trabajo concreto que se encuentre vacante dentro de ese grupo profesional y finalmente, aún en estos casos, será preciso que permanezca la necesidad de su ocupación. Si todas estas circunstancias se dan, sólo entonces, se pondrá en marcha el proceso previsto para la provisión de vacantes. En ningún caso podrá modificarse por la vía de la movilidad funcional, el grupo profesional de los trabajadores. Tampoco podrá valorarse como mérito para el ascenso, el tiempo de servicio prestado en dichas funciones de un grupo profesional superior. Tal vez con ánimo de reforzar lo imperativo de la prescripción, la Administración deberá comunicar a los representantes de los trabajadores estas situaciones con carácter previo, pero como decimos, se trata de una obligación que en cierto modo aparece contemplada en el estatuto de los trabajadores si bien es cierto que referida sólo a los supuestos de movilidad funcional descendente. Aquí aparece referida a la totalidad de los supuestos, añadiéndose, además, el carácter previo que debe tener la citada comunicación a los representantes de los trabajadores.

Aparte de los supuestos de movilidad vistos hasta ahora, en el CCU también se

prevén otros en atención, ya no a necesidades derivadas de la organización del trabajo, sino en atención a circunstancias relativas a la persona del trabajador como puede ser la movilidad por razón de una disminución del rendimiento, o por incapacidad temporal o por protección de la salud. Así, está previsto en el artículo 24 del CCU que la movilidad funcional por incapacidad laboral, por disminución de capacidad, por razones objetivas y para la protección a la maternidad se regule según lo que disponen los preceptos concretos que, dentro del Capítulo 12 del convenio dedicado a la Salud Laboral y Acción Social, contemplan estas circunstancias.

Por consiguiente, en caso de declaración de una incapacidad laboral permanente total, el artículo 65 dispone la obligación de la Administración de proceder si lo pide el trabajador<sup>75</sup> al cambio de puesto de trabajo todo ello con la debida observancia de las garantías previstas por la LPRL y demás previsiones protectoras. En dicha previsión. Entre dichas garantías se entiende comprendida la previsión de protección de las retribuciones básica que, en cómputo anual se deben mantener pese al cambio de puesto de trabajo además de, en su caso, el complemento personal de unificación y de que los complementos de puesto y aquellos otros que retribuyan una mayor cantidad o calidad en el trabajo, se percibirán de acuerdo con el nuevo puesto.

Por disminución de la capacidad del trabajador también está prevista a movilidad, que podrá llevarse a cabo, según dispone el artículo 66, a petición del trabajador o por decisión de la Administración siguiendo las pautas establecidas en ese precepto. Y también se contempla la movilidad por razones objetivas, en cuyo caso está previsto que la Administración pueda conceder traslados por razones de salud y posibilidades de rehabilitación del trabajador, cónyuge o hijos a cargo del trabajador todo ello previo informe del servicio médico designado por la

---

<sup>75</sup> Si el trabajador no hubiese ejercitado este derecho mediante la correspondiente solicitud en el plazo de dos meses a partir de la notificación de la Resolución del INSS por la que se le declara en la situación de incapacidad laboral permanente total, el propio convenio establece la extinción de la relación laboral, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.2 ET.

Administración, si bien todo estará condicionado a la previa existencia de vacantes. De igual manera se contempla el supuesto de la movilidad funcional para la protección de la maternidad, el cual se configura como un derecho a la adaptación de las condiciones de trabajo, o del tiempo, o del turno, pero puede llegar incluso al cambio de puesto o de funciones, previo informe o recomendación de los servicios médicos de la Administración<sup>76</sup>.

Por último, en el artículo 25 del Convenio se contempla un supuesto de movilidad sin cambio de funciones que más parece hacer referencia a los supuestos de movilidad geográfica aunque no conlleva cambio de residencia, sino que tan sólo traspasa los límites del centro de trabajo, entendido éste como el edificio donde el trabajador desempeña sus funciones<sup>77</sup>. Esta posibilidad está prevista por necesidades del servicio y se halla sujeta a la obligación de informar previamente a los representantes de los trabajadores. Asimismo, y para los casos en los que sea necesario aplicar unos criterios de prelación por no afectar la movilidad a todo el colectivo que, con iguales características presta sus servicios en el centro de trabajo, se aplicará el criterio de menor antigüedad sin perjuicio de que los representantes de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia.

Hasta aquí el esquema regulador de la movilidad del personal laboral en el ámbito de la Administración General del Estado. No obstante, como se apuntaba al principio, un creciente interés por favorecer la movilidad se viene percibiendo igualmente en los sucesivos Acuerdos Administración-Sindicatos. Así, por ejemplo, el Acuerdo de 7 de febrero de 1995 sobre la Ordenación de la negociación de los Convenios Colectivos de la Administración del Estado, ya articulaba un sistema transitorio para la regulación de la Movilidad Interconvenios estableciendo el

---

<sup>76</sup> En cualquier caso, la propia LPRL ya contempla este derecho a cuya regulación deberán ajustarse en el artículo 26 de la citada Ley.

<sup>77</sup> Esta salvedad se introduce habida cuenta de la diferencia que en el ámbito de la Administración pública tiene el concepto de centro de trabajo. Vid. el trabajo de GÓMEZ CABALLERO, P.; *Los derechos colectivos de los funcionarios*, CES, 1994.

régimen aplicable para obtener destinos en otros departamentos, organismos, o unidades pertenecientes a otro convenio colectivo en los supuestos de supresión de unidades administrativas debido a la reducción de las mismas por disminución o desaparición de las cargas de trabajo.

En nuestro días no es posible el estudio de la materia sin efectuar referencias a la posible existencia de un Plan de Empleo, en cuyo caso, será éste el instrumento mediante el cual se establezca el régimen de movilidad del personal<sup>78</sup>. Obsérvese que en el propio articulado del CCU se incluyen este tipo de referencias a la posible existencia de un Plan de Ordenación de Recursos Humanos. En fechas recientes, como se sabe, el Acuerdo Administración-Sindicatos para el periodo 2003-2004, contempla, y hay que entender que lo hace desde una perspectiva global para la totalidad de empleados públicos, medidas encaminadas a favorecer la movilidad, éstas son estudiadas a continuación.

#### b) Mecanismos de movilidad en la Función Pública

En el contexto de esta reflexión general donde destaca la búsqueda constante de mayores cotas de flexibilidad que haga más ágil la gestión del personal, como se ha dicho, la ordenación de la movilidad en el empleo público se inscribe en este empeño como un objetivo compartido con las organizaciones privadas. Ya se ha mencionado más arriba que este fue el signo de la reforma llevada a cabo en 1994 y, como era de esperar, dicho espíritu ha traspasado al ámbito público idéntica inquietud.

Buena muestra de las anteriores consideraciones puede verse en la introducción de los Planes de Empleo en la Administración, que se llevó a cabo por medio de la Ley 22/1993, de 29 de diciembre de Medidas Fiscales, de Reforma del Régimen

---

<sup>78</sup> PALOMAR OLMEDA, A; *Planificación de los recursos humanos en el ámbito público*, pág. 100.

Jurídico de la Función Pública y la Protección por Desempleo. La introducción de estos mecanismos mediante los cuales “se modifican las estructuras administrativas, se suprimen puestos de trabajo y se reasignan forzosamente los servidores públicos de puestos de similares características, funciones y retribuciones<sup>79</sup>”, puso de manifiesto la existencia de una voluntad decidida del legislador por lograr un aumento de la movilidad en la función pública y ello con independencia del mayor o menor grado de satisfacción de dicho objetivo, cuestión sobre la que se volverá más adelante en estas líneas.

En todo caso, la figura del Plan de Empleo, como es sabido, no fue bien recibida por parte de la doctrina<sup>80</sup>. Es claro que la lógica que estaba detrás de la puesta en marcha de sistemas favorecedores de la movilidad se enfrentaba a una tradicional concepción amparada en los derechos de inamovilidad de los funcionarios públicos. Pero, de todos modos, no se puede decir que esta circunstancia haya sido la única y principal responsable de un posible incumplimiento de las expectativas que despertaron estos mecanismos. De suyo, y dada la diversidad de regímenes del personal que potencialmente se podría ver afectado por un Plan de Empleo, su régimen de funcionamiento no es sencillo y exige tener en cuenta las especificidades procedimentales que impone cada uno de los regímenes jurídicos aplicables al personal laboral y al funcionario. Al propio tiempo, la implantación de un Plan de Empleo exige también una toma en consideración de conjunto y ello obliga a efectuar un planeamiento en el seno de una política concreta de gestión de personal, siendo todas ellas cuestiones de lenta elaboración en el empleo público.

Precisamente, gran parte de los pasos legislativos dados en pos de una mayor

---

<sup>79</sup> RODRIGUEZ ESCANCIANO, S; “Flexibilidad en la Administración Pública: una necesidad inaplazable” en *Revista de Trabajo y Seguridad Social, Estudios Financieros*, nº 20/1997; pág. 22.

<sup>80</sup> Véase, por todos, MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, I; *El ocaso de la función pública española: la reforma del régimen jurídico funcional de la Ley 22/1993, de 29 de diciembre*, Madrid, 1995.

eficacia y racionalidad en la organización del empleo público, han ido acompañados de medidas favorecedoras de la movilidad del personal. No se ha tratado sólo de la introducción de los Planes de Empleo aunque, ciertamente, la redistribución y la reasignación de efectivos, al menos en teoría, han relativizado bastante el carácter absoluto de la inamovilidad. Estas medidas han ido seguidas con posterioridad por la LMFAOS 14/2000, de 29 de diciembre, que atribuyó a la Administración la potestad de trasladar a sus funcionarios por necesidades del servicio respetando sus retribuciones, condiciones esenciales de trabajo y provincia e isla de destino y modificando, en su caso, la adscripción de los puestos de trabajo de los que sean titulares.

En fechas recientes, con la aprobación por el Consejo de Ministros del Acuerdo Administración-Sindicatos para el periodo 2003-2004 para la Modernización y Mejora de la Administración Pública, igualmente se han establecido importantes medidas y previsiones relativas a criterios sobre movilidad que se han incorporado en el Capítulo II de dicho Acuerdo. Así, y en virtud de las conclusiones que se recojan en un Diagnóstico Global de recursos humanos<sup>81</sup>, la calificación de un determinado ámbito geográfico, funcional o administrativo como deficitario podrá comportar restricciones de movilidad hacia el exterior. Pero, por el contrario, si un ámbito fuera calificado de excedentario, ello conllevará la adopción de medidas restrictivas a la incorporación de nuevo personal procedente de otras unidades administrativas. Asimismo, determinará la puesta en marcha de mecanismos de movilidad que permitan incorporar a ese personal en otras unidades deficitarias.

Como se ve, la previa calificación como deficitaria o como excedentaria en lo relativo al personal de una determinada unidad, será el factor determinante de la adopción de medidas de movilidad del personal. Destacable resulta la posibilidad de

---

<sup>81</sup> Serán el Ministerio de Administraciones Públicas y el Ministerio de Hacienda los encargados de la elaboración de este Diagnóstico. Sus conclusiones serán trasladadas a un Grupo de Trabajo en el que estarán presentes los sindicatos. En este grupo de trabajo se podrán presentar propuestas a las medidas que haya que adoptar tras el citado diagnóstico.



acordar la movilidad forzosa en ámbitos funcionales o geográficos calificados como excedentarios, cuando las restricciones a la incorporación de nuevo personal y la evolución demográfica no modifiquen este carácter<sup>82</sup>.

c) Correspondencias entre los mecanismos de movilidad de funcionarios y laborales

Es importante no olvidar que las medidas introducidas por el Acuerdo se contemplan potencialmente para ambos colectivos de empleados, dado que la referencia a la elaboración de un diagnóstico no se acompaña de ninguna precisión que permita concluir que se está refiriendo a un colectivo en particular. En todo caso, ello es coherente con la lógica de la consideración conjunta de los recursos humanos en el ámbito público y constituye un presupuesto de toda actividad de planificación.

Además, es posible establecer cierta correspondencia entre los mecanismos de movilidad de los funcionarios y de los laborales al servicio de las administraciones públicas. Lo primero porque, como se está diciendo, de un modo creciente, las decisiones relativas al personal se van adoptando desde una perspectiva de partida que implica la consideración del personal como un todo unitario, que aunque no resulta homogéneo en sus particulares regulaciones, sí aparece impregnado de unos mismos criterios. En segundo lugar, porque las necesidades a las que se hará frente con este personal, sea funcionario, sea laboral, serán las mismas, es decir, aquellas que proceden de una misma organización. Finalmente, como se ha repetido en

---

<sup>82</sup> En los supuestos de movilidad forzosa se respetarán las condiciones esenciales de trabajo, asimismo, en los casos en que de la movilidad derive un cambio de funciones, se tendrán en cuenta las necesidades formativas o de adaptación del empleado comprometiéndose la Administración a impartir la formación necesaria. Las valoraciones sindicales efectuadas al respecto de las medidas adoptadas en materia de movilidad varían según se trate de las organizaciones firmantes, en cuyo caso es claro el respaldo a lo acordado, o de otras organizaciones sindicales como es el caso de CGT que en un documento interno rechazaba las medidas de movilidad forzosa por entender que representan un grave retroceso en los derechos de los empleados públicos. Este sindicato denuncia que las medidas de movilidad forzosa serán aplicadas después del proceso de diagnóstico elaborado de manera unilateral por la Administración sin que se ofrezca ninguna garantía a los trabajadores sobre el control y el veto a estas medidas. *Boletín Informativo CGT*, nº 79, 2002.

innumerables ocasiones, es más que notable el efecto mimético provocado por la convivencia de los dos regímenes y ello se hará notar también en la regulación de la movilidad.

Una buena muestra de lo antedicho la proporciona la comparación de los mecanismos de movilidad horizontal del personal laboral regulados en el artículo 22 CCU, con los procesos de reasignación<sup>83</sup> o redistribución<sup>84</sup> de efectivos de funcionarios. La movilidad ascendente, regulada para los laborales en el artículo 23 CCU, encontraría cierta correspondencia o equivaldría a la figura de la Comisión de Servicios en el derecho de la Función Pública, y la movilidad descendente, también contemplada en el mismo artículo 23, bien podría corresponderse, en relación a los funcionarios públicos, a la remoción el puesto o al cese en los casos de libre designación<sup>85</sup>.

---

<sup>83</sup> La reasignación se produce en el caso de que se suprima el puesto de trabajo que ocupa un funcionario como consecuencia de un Plan de Empleo y consiste en adscribir a ese funcionario a otro puesto con carácter definitivo, ya sea en el mismo municipio o con cambio de residencia en cuyo caso tiene derecho a las indemnizaciones correspondientes por tal concepto, SÁNCHEZ MORÓN, M.; *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, 1997, pág. 163. Este proceso se articula en la Ley 42/1994, en cuyo artículo 20.1 se ha incorporado un apartado g) para regular la reasignación de efectivos como consecuencia de la supresión de puestos de trabajo por la aprobación de un Plan de Empleo. Entre los rasgos más destacables que cabe destacar de la regulación de este proceso se encuentra la configuración del mismo en tres fases. En ellas se compaginan, en el ámbito de la Administración General del Estado, la intervención de los Ministerios de Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda. Estas tres fases del proceso de reasignación de efectivos giran respectivamente, sobre el esfuerzo de reasignación primero, en el ámbito del departamento afectado o de los organismos a él adscritos (fase departamental). En una segunda fase, si no se hubiese obtenido puesto de trabajo en la primera, la tarea se le encomienda al Ministerio de Administraciones Públicas (fase interdepartamental) y en caso de que las dos primeras hubieran resultado infructuosas para el fin previsto, se pasaría a la tercera fase o fase residual, en la que el Ministerio de Administraciones Públicas, apoyándose en unas denominadas "relaciones de puestos de trabajo en reasignación" puede contemplar la reasignación obligatoria, dentro de la provincia, del afectado en puestos de similares características, pero ya no se exige, como en las fases anteriores, que se trate de puestos de igual nivel retributivo y contenido funcional). Esta reasignación se compagina con el pase a la situación administrativa de expectativa de destino. Un estudio detallado de este proceso puede verse en: PALOMAR OLMEDA, A.; *La planificación de los recursos humanos en el ámbito público*, Mc. Graw. Hill, 1997, págs. 90 a 94.

<sup>84</sup> Mediante esta fórmula, la administración puede adscribir, por necesidades del servicio, a funcionarios que ocupen puestos no singularizados a otros puesto siempre que estos últimos posean el mismo procedimiento de provisión, nivel de complemento de destino y complemento específico.

<sup>85</sup> Vid. RODRIGUEZ ESCANCIANO, S; "Flexibilidad en la Administración Pública: una necesidad inaplazable" en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, nº 20/1997; pág. 30.

En todo caso, se pueden aislar también algunas diferencias entre la movilidad de uno y otro colectivo. La más importante es, entre todas, la que tal vez sea algo más que una pura cuestión de matiz, como la necesidad de existencia de un Plan de Empleo para poder acordar decisiones de movilidad del personal funcionario relativas a la reasignación de efectivos. Si bien es cierto que los Planes de Empleo abarcarán a todo el personal, las medidas concretas se deberán llevar a cabo de conformidad con la regulación propia de cada colectivo<sup>86</sup>.

En fechas recientes, la Ley 62/2003 LMFAOS, ha introducido ciertas reformas encaminadas a la armonización del fomento de la promoción interna con los procesos de cambio de adscripción. En este sentido, se han modificado los tres primeros apartados del artículo 22 LMRFP<sup>87</sup>. Esta medida que, como se dice, persigue armonizar el fomento de la promoción interna con los procesos de cambio de adscripción que se lleven a cabo como consecuencia de la política de consideración global de los recursos humanos en el empleo público, resulta un exponente más de la dirección que, según se está viendo, sigue la evolución normativa en este ámbito.

---

<sup>86</sup> Vid. en el mismo sentido CORDERO SAAVEDRA, L.; *Régimen de Trabajo en las Administraciones Públicas*, Laborum, 2003, pág. 217.

<sup>87</sup> Vid. art. 50, tres, LMFAOS 62/2003 que contiene tres apartados, por medio de los cuales queda articulada la vía para que las administraciones públicas faciliten la promoción interna, consistente en el ascenso desde cuerpos y escalas de un grupo de titulación a otros del inmediato superior. Debe señalarse que la actual regulación también contempla los supuestos de acceso del personal laboral a los cuerpos y escalas de funcionarios desde grupos y categorías profesionales equivalentes, a tal fin, se han previsto los requisitos necesarios que giran en torno al desempeño de funciones sustancialmente coincidentes o análogas en su contenido profesional y en su nivel técnico. Pero también se tendrán en cuenta otras circunstancias como la de que de dicho acceso se deriven ventajas para la gestión de los servicios, eso lo primero, digamos, como principal parámetro inspirador de entero proceso, y luego, por descontado, que el personal afectado se encuentre en posesión de la titulación requerida, se haya prestado servicios efectivos durante al menos dos años, como personal laboral fijo en categorías del grupo profesional al que pertenezcan o en categorías de otro grupo profesional para cuyo acceso se exija el mismo nivel de titulación, y finalmente, como es lógico, se exige que superen las correspondientes pruebas.

### 1.5.2 Movilidad-inamovilidad de los empleados públicos y reformulación del derecho al cargo.

El reconocimiento de la existencia de un *derecho al cargo*, o de un *derecho al puesto*, o a la *inamovilidad*, pues son muy diversas las acepciones con las que se puede identificar esta singular posición que reconoce el ordenamiento jurídico a los funcionarios públicos, garantiza la permanencia en sus funciones del empleado. Se trata de un derecho que cuenta con una evidente tradición en nuestra función pública pero precisamente es esta circunstancia la que representa un obstáculo para una adecuación del sentido de este derecho a las nuevas realidades del empleo público<sup>88</sup>.

Indudablemente, la inamovilidad del funcionario es garantía de imparcialidad y permanencia en el servicio público por encima de consideraciones y conveniencias políticas. El reconocimiento de la inamovilidad del funcionario representa, así pues, independencia frente al poder político<sup>89</sup>. No obstante, en los momentos actuales se presenta el desafío de conciliar la plena vigencia de los derechos de permanencia de estos empleados con una concepción más abierta, más flexible, de la organización del trabajo en la Administración Pública.

Si se mantiene un concepto, digamos, tradicional, del derecho al cargo, entendido como una inamovilidad absoluta del funcionario en su puesto de trabajo, este derecho supondrá un freno importante ante iniciativas modernizadoras que persiguen el establecimiento de un régimen más flexible de gestión del personal que permita a la Administración de que se trate una adaptación más ágil a la finalidad del servicio público. Pero, a pesar de los pasos que se han ido dando en esta dirección, teniendo en cuenta el particular régimen regulador de la carrera y de la

---

<sup>88</sup> Como señala PARADA VÁZQUEZ, R.; en su *Derecho Administrativo*, Madrid, 1993: el derecho al cargo es el derecho de mayor importancia para el funcionario. Vid. pág. 228.

<sup>89</sup> Como señala ROMERO RÓDENAS, M.J.; *Relaciones laborales en el empleo público*, Madrid, 1995, pág. 21; con la garantía de la inamovilidad se consigue “aislar al funcionario público de todos aquellos intereses que puedan llegar a subvertir la escala de valores administrativos que debe presidir el desempeño del cargo público que ostenta, con la consiguiente pérdida de objetividad de la acción administrativa”.

promoción, y dada la propia lógica imperante en materia de organización administrativa, la implantación de sistemas potenciadores de la movilidad del personal funcionario siempre va a encontrar obstáculos de este orden.

Son ilustrativas las reflexiones que hace la doctrina administrativa sobre este particular. Siguiendo a PALOMAR OLMEDA, “cabe afirmar que el derecho al desempeño de un puesto de trabajo determinado e individualizado ha de ponerse en relación directa con la forma en la que el funcionario ha obtenido el mismo y, claro está, de la propia forma que esté plasmado en la correspondiente relación de puestos de trabajo”<sup>90</sup>. Con ello se quiere indicar que “el derecho al cargo significa hoy una garantía del derecho al desempeño de funciones públicas en la forma y con las condiciones que se deriven de la forma de acceso al puesto de trabajo en concreto”<sup>91</sup>.

Esta es una consideración importante que recoge un concepto relativo de la inamovilidad, el cual puede resultar más útil en el momento actual. Se establece una diferencia entre empleados públicos en función del modo según el cual se haya ocupado el puesto de trabajo. Con ello, se puede decir, siguiendo con lo expuesto, que “si el funcionario ha obtenido su puesto de trabajo por concurso, el derecho al cargo que el Estado le garantiza es prácticamente el máximo”<sup>92</sup> (.....). Por el contrario, si el funcionario de carrera ha obtenido su puesto de trabajo a través del procedimiento de libre designación, la concreción real del derecho al cargo es una labor más complicada.” En este último caso, la inamovilidad no puede

---

<sup>90</sup> PALOMAR OLMEDA, A.; “Derechos y deberes de los funcionarios” en AA.VV.: *La Administración Pública española*, (Rodríguez- Arana Muñoz, dir. y Calvo Charro, coord.), INAP, 2002, pág. 870.

<sup>91</sup> PALOMAR OLMEDA, A.; *Derecho de la Función Pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, Dykinson, 2001, pág. 409.

<sup>92</sup> Ello sin perjuicio de que en virtud de lo establecido en el artículo 20.1 e), los funcionarios que accedan a un puesto por el procedimiento de concurso, podrán ser removidos por causas sobrevenidas, derivadas de una alteración en el contenido del puesto de trabajo, realizada a través de las relaciones de puestos de trabajo, que modifique los supuestos que sirvieron de base a la convocatoria, o de una falta de capacidad para su desempeño manifestada por rendimiento insuficiente.....

materializarse en un derecho absoluto del funcionario a permanecer en ese puesto indefinidamente, pues los funcionarios adscritos a un puesto de trabajo por el procedimiento de libre designación, podrán ser removidos del mismo con carácter discrecional.

Así pues, la inamovilidad, necesariamente se enmarca en el contexto regulador del empleo público de forma que no va más allá del contenido concreto que le otorguen las normas establecidas para la provisión de los puestos de trabajo o aquellas reguladoras de los mecanismos de movilidad. Desde esta perspectiva, la cuestión clave que plantea el reconocimiento de la inamovilidad de los funcionarios no es si se puede, o no, acordar la movilidad de los mismos, por ejemplo, sino que se tratará de establecer, en su caso, los mecanismos y los procedimientos que aseguren en el ámbito público la interdicción de la arbitrariedad en la toma de decisiones relativas a la movilidad u otras. Se tratará de procedimientos propios de un contexto público, inéditos en el ámbito privado, que, asegurando la objetividad y el pleno sometimiento a la normativa vigente, atiendan exclusivamente a las necesidades del servicio.

Tampoco los trabajadores al servicio de la Administración han quedado fuera de este conjunto de dificultades. Qué duda cabe que al aplicárseles la regulación contenida en el Estatuto de los Trabajadores, la posibilidad de cambiar las funciones se articulará según el conjunto de medidas que la legislación laboral tiene previstas, brindándose con ello a la administración empleadora la considerable ventaja que resulta de aplicar el derecho del trabajo en este campo en el que la regulación administrativa resulta claramente más rígida<sup>93</sup>. Pero, con todo, la lógica administrativa, la noción de puesto de trabajo como elemento clave, y la propia influencia del colectivo funcional se dejan notar en este ámbito de manera que no podemos decir que el ejercicio de la movilidad funcional por las administraciones

---

<sup>93</sup>RODRIGUEZ ESCANCIANO, S; "Flexibilidad en la Administración Pública: una necesidad inaplazable" en *Revista de Trabajo y Seguridad Social, Estudios Financieros*, nº 20/1997; pág. 18.

públicas sea igual que en la empresa privada<sup>94</sup>.

Ciertamente, la entrada en vigor del sistema de clasificación profesional del CCU ha supuesto un paso adelante, ha supuesto una mayor profundización en las posibilidades de movilidad. Sin embargo, una cuestión permanece abierta sin que hasta el momento se haya ofrecido una respuesta definitiva por la doctrina o por la jurisprudencia y es aquella relativa a la posibilidad de reconocer también a los trabajadores de la Administración el mismo derecho a la inamovilidad que tienen los funcionarios públicos. A pesar de que hay quienes han negado tal posibilidad<sup>95</sup>, es posible que en buena parte, también en este caso, la cuestión dependa del concepto que se maneje de dicha inamovilidad<sup>96</sup>, amén, claro está, de las lógicas diferencias que necesariamente deben establecerse según las funciones desempeñadas por cada empleado.

En principio, la asignación a un trabajador público en régimen laboral a un determinado puesto de trabajo consignado en la relación de puestos de trabajo no genera un derecho a la inamovilidad en el mismo sino que, lógicamente, le será de aplicación la regulación prevista en el Estatuto de los Trabajadores, pues no existe razón para privar al empresario público de las facultades que en orden a la dirección y organización del trabajo, la ley otorga a todo empresario<sup>97</sup>. Sin embargo, sí es

---

<sup>94</sup> BAYLOS GRAU, A.; en *Derecho de Huelga y servicios esenciales*, Madrid, 1998, pág. 98, señala que la inamovilidad constituye una nota esencial de la relación funcional que no encuentra parangón en el sector privado.

<sup>95</sup> MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, I.; *Régimen Jurídico de la Función Pública y Derecho al Cargo*, Cívitas, pág. 66; PARADA VÁZQUEZ, R.; *Derecho de la Función Pública*, pág. 479; GRAU MORANCHO, R.; *Laboralización Administraciones Públicas*, Colección Informes, págs. 85 a 88.

<sup>96</sup> En este sentido, resulta, no sólo interesante, sino un avance importante, en mi opinión, la visión que del derecho al cargo y de su funcionalidad mantiene SÁNCHEZ MORÓN, M.; *Derecho de la Función Pública*, 1997, pág. 196, donde sostiene que en tanto que se trata de un derecho que implica la facultad de ejercer todas las funciones y prerrogativas del cargo o del puesto de trabajo en los términos que establezcan las leyes, “es un derecho que no sólo se reconoce a los funcionarios de carrera sino a cualquier otro empleado público, interino, eventual o contratado. Pero, como es obvio no se trata de un derecho de naturaleza patrimonial sino propiamente funcional”.

<sup>97</sup> RODRIGUEZ ESCANCIANO, S; op. cit. pág. 20.

posible apuntar a la posibilidad de reconocer cierta garantía de estabilidad entre el conjunto de derechos que configuran el estatuto de un empleado público aunque éste sea laboral<sup>98</sup>.

Si el acceso al empleo público ha estado presidido por la observancia de los principios de mérito y capacidad y, en consecuencia, se ha producido según lo reglamentariamente establecido, no tendría que haber reparo en reconocer dicha estabilidad en el desempeño del puesto. Ello no debe llevar a la conclusión de la rigidez o de la absoluta inamovilidad pues siempre que se sigan los procedimientos establecidos, nada habrá que objetar a la movilidad del trabajador. Sin embargo, la mencionada estabilidad sí ampara al empleado laboral frente a decisiones arbitrarias, esto es, aquéllas que basadas en la mera conveniencia, no son reconducibles a un criterio objetivo. Con ello se excluyen la modificación de las condiciones de trabajo o la extinción de la relación apoyadas únicamente en motivos de oportunidad, o de arbitrariedad al margen de los supuestos en los que legal o reglamentariamente está contemplado para la Administración<sup>99</sup>.

Tomando con referencia las consideraciones que han quedado expuestas anteriormente relativas a una hipotética inamovilidad relativa, al trabajador contratado por la Administración Pública, una vez cumplido el procedimiento legal

---

<sup>98</sup> De hecho, en el ámbito del Derecho del Trabajo, se ha reconocido la vigencia de un Derecho de estabilidad en el empleo del cual, DE LA VILLA GIL y PALOMEQUE LÓPEZ, ya destacaron tres importantes manifestaciones: Estabilidad en el empleo como estabilidad en el trabajo, como estabilidad en la empresa y como estabilidad en el puesto de trabajo. De las tres, es la referida a la estabilidad en el puesto de trabajo la que más nos interesa, toda vez, que es la primera referencia que a esta cuestión, a mi juicio, tan importante en el empleo público, aparece reflejada y elaborada por la doctrina y, precisamente, por la doctrina laboral. La estabilidad en el empleo como estabilidad en el puesto de trabajo, dentro de la empresa a la que se pertenece, garantiza una protección frente a los traslados abusivos o la encomienda permanente de funciones inadecuadas. Vid. DE LA VILLA GIL, L.E. y PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.; *Introducción a la Economía del Trabajo*, vol. I, Debate, 1980, págs. 767 y 768. Con posterioridad, LÓPEZ CUMBRE, L.; "El principio de estabilidad en el empleo" en, AAVV: *Los principios del Derecho del Trabajo* (L.E. DE LA VILLA y L. LÓPEZ CUMBRE, dirs.), págs. 287 a 337, ha recogido esta construcción doctrinal.

<sup>99</sup> Pues si bien es cierto que para el empleador privado, puede reconocerse la existencia de un cierto margen de arbitrariedad en la decisión de continuidad o de contenido de la relación laboral, ello no es posible dentro de la Administración Pública por imperativo del art. 9.3 CE.



y reglamentariamente establecido, habiendo accedido a un puesto de trabajo concreto, le debe ser reconocido el derecho de permanencia, en iguales términos que a un funcionario. Ello, en el bien entendido de que podrá ser afectado por decisiones de movilidad funcional siempre y cuando ésta se ejerza dentro del marco legal y convencionalmente previsto al efecto.

Y es que lo mismo sucede tratándose de movilidad funcional de los funcionarios públicos. Hoy por hoy, no tiene sentido el mantenimiento de un concepto rígido del derecho al cargo “que pueda llegar a pugnar con las necesidades de reubicación general que es consustancial al empleo público, como en general a todos los sistemas de empleo”<sup>100</sup>. Hoy en día, como ha señalado SÁNCHEZ MORÓN, las demandas dirigidas a las administraciones públicas cambian vertiginosamente exigiéndose poner en marcha nuevas funciones o servicios y abandonar o reducir otros, con otras palabras, “la garantía del puesto de trabajo no puede tener como efecto mantener colectivos de empleados donde sobran, mientras faltan en otras áreas y para funciones similares”<sup>101</sup>.

## **2. LA DIMENSIÓN PÚBLICA EN EL TRATAMIENTO DEL TIEMPO DE TRABAJO EN LA ADMINISTRACIÓN.**

### **2.1. La proyección sobre la regulación de la jornada de las especialidades que presenta el empleo público.**

Sin duda alguna, el factor temporal constituye uno de los elementos importantes entre los que componen la regulación de toda prestación de servicios. Tradicionalmente, en el ámbito de las relaciones laborales, la acotación del periodo

---

<sup>100</sup> PALOMAR OLMEDA, A.; *Derecho....* op. cit. pág. 409. En parecido sentido deben verse las afirmaciones de SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, 1997.

<sup>101</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, 1997, pág. 162, donde alude a esta necesidad de modernizar o actualizar la concepción hasta ahora manejada del derecho al cargo de los funcionarios públicos.

de tiempo dentro del cual se ha de cumplir la obligación laboral básica de prestación de un servicio ha sido una reivindicación antigua que ha acompañado a la evolución del Derecho del Trabajo hasta nuestros días<sup>102</sup>. Dicha trascendencia e influencia en la determinación de muchas otras condiciones laborales es unánimemente reconocida por la doctrina laboralista<sup>103</sup>.

Por otra parte, es ésta una materia en la que el papel atribuido a la autonomía colectiva resulta importante desde el punto de vista de la regulación de la institución<sup>104</sup>, pues ciertamente articula el desarrollo de los parámetros legales adaptando a cada uno de los ámbitos sectoriales concernidos la normativa de general aplicación. Este papel se ha visto reforzado como consecuencia de la reforma del mercado de trabajo al ampliarse las posibilidades de distribución de la jornada por la vía de la negociación colectiva.

Cuando el ámbito observado es el que se corresponde con el empleo público, desde una primera aproximación, se concluye que la materia presenta un variado número de ángulos desde los cuales podría ser abordada. La ordenación del tiempo de trabajo, y más en concreto, la regulación de la jornada en el empleo público se encuentra atravesada por circunstancias concurrentes que inciden de una forma especial en la presente materia. Ya no es sólo que resulta ineludible tener en cuenta que entre las peculiaridades de este ámbito se sitúa la coexistencia de personal con regulaciones distintas en la materia, pues ello no representa novedad ninguna respecto al resto de instituciones que estructuran la prestación de servicios. A este

---

<sup>102</sup> Ahora con la aplicación de la jornada de 35 horas por ejemplo, o el reparto del tiempo de trabajo o la potencialidad que se ve en los contratos a tiempo parcial como mecanismos útiles de reparto del trabajo, o la importancia de la Jornada como un elemento de flexibilidad.

<sup>103</sup> Como acredita la existencia de abundantes estudios sobre dicha institución entre los que pueden verse: ALARCÓN CARACUEL, M.R.; *La ordenación del tiempo de trabajo*, Tecnos, 1980; ALFONSO MELLADO, C.L. y GARCÍA ORTEGA, J.; *Jornada y ordenación del tiempo de trabajo*, Tirant lo Blanch, 1994; GÓMEZ MUÑOZ, J.M.; *Las jornadas especiales de trabajo*, Aranzadi, 1999; RODRIGUEZ INIESTA, G.; *El régimen jurídico de la distribución de la jornada de trabajo*, Tirant lo Blanch, 1999.

<sup>104</sup> El artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores establece que la duración de la jornada será la pactada en los convenios colectivos o en los contratos de trabajo.

tratamiento diferenciado deben sumársele otras consideraciones que inciden de un modo particular en este ámbito.

Por una parte, es preciso interrogarse acerca de la mayor o menor influencia de las tendencias flexibilizadoras también en esta materia de la ordenación del tiempo de trabajo. Es bajo dicha perspectiva cómo resulta más interesante abordar el análisis de la jornada en el empleo público y determinar, así, el grado de flexibilidad alcanzado, la finalidad concreta de dicho objetivo y qué otros intereses pudieran igualmente ser atendidos. Anticipando el contenido de las líneas que siguen, el ámbito del empleo público señala un espacio en el que se perciben claramente las tensiones entre las necesidades de la organización y la tradición reglamentista que aún pervive en este espacio.

Como bien se ha señalado<sup>105</sup>, la flexibilidad en la regulación del tiempo de trabajo se traduce en la posibilidad de aplicar las normas de manera no estricta, de modo que se puedan modificar en función de las necesidades. Para la organización pública, las tendencias en el tratamiento de la jornada, facilitando la distribución irregular y la implantación de sistemas flexibles de cumplimiento de la misma puede justificarse en la necesidad de atender de un modo más eficaz el servicio público. Pero, por otra parte, la regulación de esta materia en el derecho de la función pública aun carece de un perfil propio estando incluida entre la regulación de los deberes de los funcionarios y, en general, sin una autonomía destacable dentro del elenco de materias.

En este sentido, la negociación colectiva, también en este ámbito y a pesar de las disfunciones o carencias que, como se sabe, ésta aún presenta, desempeña un papel importante desde el punto de vista de la adaptación de la materia a las necesidades del servicio y simultáneamente a la conciliación de los intereses en liza.

---

<sup>105</sup> MUÑOZ DE BUSTILLO LLORENTE, R. (Dir.); ESTEVE MORA, F.; FERNÁNDEZ MACÍAS, E. y GARCÍA LASO, A.; *Nuevos tiempos de actividad y empleo*, MTAS, 2003, pág. 265.

Como se podrá comprobar a continuación, existen aspectos pendientes cuya regulación a través de la negociación colectiva hace albergar fuertes expectativas en este terreno. Así, el establecimiento de jornadas especiales que funcionan como alternativa frente a las mayores limitaciones que existen para la distribución irregular de la jornada, o la posibilidad de contratación a tiempo parcial, o la implantación de la jornada de 35 horas en las administraciones públicas a través de la negociación colectiva, entre otras cuestiones pendientes.

## **2.2. Resistencias a la distribución irregular de la jornada del personal y otras materias conexas en el Convenio Colectivo Único para el personal laboral al servicio de la Administración General del Estado**

### *2.2.1 Esquema regulador de la jornada en el Convenio Colectivo Único y sus variantes*

El esquema resultante de la regulación de la jornada del personal laboral está contenido en los capítulos VII y VIII del Convenio Colectivo Único que igualmente se dedican a la regulación del horario, las vacaciones, las licencias y los permisos<sup>106</sup>.

De esta regulación se deriva la existencia de un límite máximo de duración de jornada, 1711 horas en cómputo anual, que en principio jugará como una norma de derecho indisponible a todos los efectos<sup>107</sup>. Pero, al establecerse el límite de las 37'5 horas semanales se cuestiona la posibilidad de establecer distribuciones irregulares de la jornada. Este interrogante debe ponerse en relación con la regulación del Estatuto de los Trabajadores, en especial con la norma del artículo 34.2 ET que establece la posibilidad de distribuir irregularmente la jornada mediante acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores debiendo respetar en dicha distribución los periodos mínimos de descanso semanal y diario previstos en la Ley.

---

<sup>106</sup> De la regulación convencional para el personal laboral se pueden extraer dos reglas: la jornada ordinaria de trabajo efectivo será de 1.711 horas en cómputo anual y, en segundo lugar, la jornada semanal será, con carácter general, de 37'5 horas distribuidas de lunes a viernes salvo que no lo permita la organización del trabajo de cada centro.

<sup>107</sup> Con una excepción importante que se verá seguidamente.

Como se ha observado<sup>108</sup>, la posibilidad de establecer mediante pacto o acuerdo la distribución irregular va referida a los ámbitos inferiores del convenio los departamentos ministeriales u organismos públicos. En principio, la apariencia que se ofrece de la regulación de la materia a través de estas dos reglas del art. 39.1 CCU es limitadora de esta posibilidad puesto que con carácter general, el tope máximo semanal ha quedado establecido en treinta y siete horas y media. Sin embargo, existen en el mismo convenio otros preceptos que parecen apoyar la posibilidad de que la distribución irregular de la jornada se produzca. Así, en el art. 40, al regular el calendario laboral anual se hace una referencia textual a esta circunstancia entre las materias que se determinarán por medio del mismo. Por otra parte, también el reconocimiento de la posibilidad de establecer una jornada de verano, según se contempla en el art. 42 CCU apunta en el mismo sentido. En este supuesto, la reducción de jornada producida en el periodo estival se recuperará en cómputo anual en la forma que se establezca en el correspondiente calendario laboral. En cualquier caso, es clara en este ámbito la influencia de las necesidades de la organización del trabajo en cada centro, por ello, la duración de la jornada será distribuida, en principio, de lunes a viernes, pero si la organización del trabajo requiere otra distribución, ello será posible mediando el acuerdo entre el departamento ministerial y la representación de los trabajadores<sup>109</sup>.

Por otra parte, en la norma colectiva aparecen igualmente establecidas algunas variantes que giran alrededor de la jornada establecida del modo ya visto<sup>110</sup>. Por un

---

<sup>108</sup> BLASCO PELLICER, A., "Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Administración General del Estado" en *La Administración Pública como empresario. Aspectos laborales y sindicales. Convenio único para el personal laboral de las administraciones públicas*, CGPJ, III, 2000, pág. 402.

<sup>109</sup> BLASCO PELLICER, A.; op. cit. pág. 402.

<sup>110</sup> Como señala el mismo autor en su comentario del CCU, uno de los pocos publicado hasta el momento acerca de la regulación del Convenio único, "existen cuatro previsiones distintas sobre la jornada que establece el Capítulo VII y que se refieren a la duración y distribución del tiempo de trabajo, por lo que, en alguno de los casos, más que a jornada especial, el convenio está regulando horarios especiales". op. cit. pág. 402.

lado, la norma convencional permite el establecimiento de jornadas de trabajo en la Administración que, superando los límites establecidos en el propio convenio, llegue al establecimiento de jornadas en el límite que marca la ley. Así se puede establecer una jornada superior a la ordinaria con el límite de 1826 horas en cómputo anual, lo que es equivalente a 40 horas semanales. Para estos supuestos, en el convenio se exige que concurren tres requisitos. Primero, que existan causas técnicas, organizativas o productivas que así lo exijan; segundo, que tales causas sean constatadas mediante acuerdo colectivo, y tercero, que exista un complemento que retribuya específicamente la ampliación de la jornada.

Más confuso quizá sea el apartado segundo del artículo 40 al hacer referencia a la posibilidad de establecimiento de “jornadas y horarios especiales” para aquellos casos en los que el trabajo sea nocturno, a turnos o se desarrolle en condiciones especiales. Por una parte, no se debe perder de vista que el citado precepto se encuentra dentro del artículo titulado “calendario laboral”, en ese sentido, bien pudiera tratarse de una norma que contempla la posibilidad de establecer horarios especiales. No obstante, ya que el texto también se refiere de un modo expreso a la jornada debe entenderse que para el establecimiento de estos supuestos será preciso un acuerdo colectivo en el ámbito concreto y es que el calendario laboral en este contexto se presenta como un importante resorte para la pactación descentralizada, como veremos.

Igualmente, dentro de lo que en el convenio se identifican como jornadas especiales, aparece contemplada la posibilidad de conceder una jornada reducida a título individual. Los términos de dicha posibilidad son que la jornada resulte compatible con la naturaleza del puesto y con las funciones del centro de trabajo. Si, en esas condiciones es posible, hará falta que el trabajador curse una solicitud al órgano competente para que se le reconozca la jornada reducida que consistirá en una jornada de cinco horas diarias ininterrumpidas con el percibo de un 75% del

total de las retribuciones<sup>111</sup>. El trabajador podrá reintegrarse a su jornada normal en el plazo máximo de un mes desde que lo solicite.

Finalmente, como se anticipaba más arriba, en el artículo 42 CCU se contempla una jornada de verano, entendiendo por tal, el periodo comprendido entre el 1 de julio y el 31 de agosto, ello será posible en aquellos centros en que las circunstancias lo permitan. Como se ha señalado, la existencia de esta posibilidad evidencia al propio tiempo otra, como es la de establecer mediante acuerdo del organismo afectado y los representantes de los trabajadores, la distribución irregular de la jornada. Y es que la posibilidad de establecimiento de una jornada de verano, consiste en que, para los meses considerados de verano, se puede fijar una jornada intensiva de trabajo, a razón de un mínimo de siete horas continuadas diarias, con una parte fija entre las nueve y las catorce horas. Pero, la reducción de jornada así establecida, se recuperará en cómputo anual en la forma que establezca el correspondiente calendario laboral.

### *2.2.2 El papel del calendario laboral en el contexto de la organización administrativa. Negociación descentralizada de la jornada.*

A lo largo del articulado del convenio dedicado a la regulación de la jornada, las referencias al calendario laboral lo configuran como un instrumento de cierta trascendencia en la determinación de la misma. Sobre el papel que la norma le atribuye, en cualquier caso, se pueden hacer algunas observaciones. Por una parte, es claro que al remitirse al calendario como instrumento básico a través del cual se da efectividad práctica a las previsiones sobre distribución de jornada, fijación diaria y semanal de los horarios y los turnos de trabajo en atención a las características de cada centro de trabajo<sup>112</sup>, se pone de manifiesto la voluntad de que dichas cuestiones sean fijadas en los ámbitos inferiores del convenio. Con ello se

---

<sup>111</sup> Expresamente se prevé en la norma del artículo 40.4 CCU, que esta modalidad de jornada reducida será incompatible con las reducciones de jornada previstas en el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores.

<sup>112</sup> BLASCO PELLICER, A.; op. cit. pág. 405.

posibilita una negociación descentralizada para el establecimiento de jornadas especiales en atención al tipo de trabajo o a las condiciones singulares en las que éste se desarrolle dependiendo de las características de cada centro. Se trata de posibilidades de desarrollo que sólo aparecen planteadas en el convenio colectivo único pero, indudablemente, al abrirse la posibilidad de que resulten efectivamente reguladas en ámbitos inferiores, introducen una considerable capacidad de adaptación que en parte puede compensar la existencia de mayores limitaciones para la distribución irregular de la jornada.

En segundo lugar, se plantean cuestiones relativas al modo de establecimiento de ese calendario laboral al que se refiere el art. 40. CCU. Atendiendo a las previsiones establecidas en la normativa laboral, es claro que se trata de una cuestión competencia del empresario, previa consulta y emisión de informe por los representantes de los trabajadores. A la vista de lo anterior, no habría porqué variar dicha consideración en el ámbito público y, en consecuencia, se puede decir que será el departamento u organismo de la Administración de que se trate, el competente para establecer el calendario. No obstante, teniendo en cuenta que hay determinadas cuestiones que, como estamos viendo, pueden contenerse en el calendario laboral de una organización pública que no se contemplan en el ámbito privado, habrá que concluir que en el ámbito público, el calendario laboral es “algo más”.

De hecho, cuestiones tales como la distribución irregular, o la regulación de jornadas especiales, ampliadas, exigirán para su implantación la negociación y el acuerdo con los representantes de los empleados, no la mera consulta y emisión del preceptivo informe. En todo caso, esta cuestión pone de manifiesto los múltiples aspectos problemáticos que quedan planteados con motivo de la negociación colectiva de las materias relativas a la jornada. El principal riesgo es el de no lograr una regulación armónica para los dos colectivos de empleados públicos. Para el personal laboral, según se observa, está abierta la posibilidad de la negociación



colectiva entre los representantes de los trabajadores y la Administración afectada, así como la descentralización en unidades inferiores de la regulación de determinadas materias de organización del tiempo de trabajo según las necesidades de cada departamento.

Pero la cuestión es diferente cuando se trata del personal funcionario. En primer lugar, sus fuentes de regulación son distintas y diversas de las reguladoras de los laborales y, en todo caso, el tipo de negociación que se podría llevar a cabo para el establecimiento de un regulación pactada que complementa a la legal en la materia de jornada, es diferente, en cuanto a sus efectos muy principalmente, de la negociación colectiva laboral<sup>113</sup>. Incluso podría añadirse a estas consideraciones también el dato de que los sujetos representantes de los funcionarios que intervendrían en la negociación serán únicamente las organizaciones sindicales más representativas. Sobre todas estas cuestiones se volverá más adelante en el apartado dedicado al análisis del tratamiento de la jornada en la función pública.

### *2.2.3 La regulación de otras materias conexas.*

Efectivamente, se pueden observar en la regulación del CCU el tratamiento dispensado a otra serie de materias que se encuadran dentro de la regulación del tiempo de trabajo en este ámbito. Por una parte, se encuentran las normas que regulan los tiempos de descanso. Sobre esta materia, el artículo 41 CCU contempla una “pausa durante la jornada de trabajo” que recibe la siguiente regulación: siempre que la jornada diaria continuada sea de al menos cinco horas y media, los trabajadores incluidos dentro del ámbito de aplicación del convenio tendrán derecho a una pausa de treinta minutos computable como trabajo efectivo. Para los trabajadores en turno de noche, las pausas de treinta minutos serán dos y no podrán acumularse. En cualquier caso, estas pausas no podrán afectar a la prestación de servicios y, con carácter general, en las actividades que se desarrollan en el horario

---

<sup>113</sup> A las consideraciones del Capítulo I acerca de la virtualidad de la negociación colectiva en el empleo público nos remitimos.

de mañana, la pausa podrá efectuarse entre las diez y las once treinta.

Mayor complejidad reviste el tratamiento dispensado por el convenio a otra institución relativa al tiempo de trabajo como es la de las horas extraordinarias. Para la definición de las mismas, el convenio toma como referencia las 37'5 horas semanales o las 40 horas (art. 39.3) para establecer que serán horas extraordinarias las que excedan de las anteriormente mencionadas. Pero, como se ha observado<sup>114</sup>, habiendo otras posibilidades de jornadas especiales mediante pacto con la consiguiente distribución irregular de la misma, pueden coexistir jornadas de más de 37'5 horas semanales con jornadas inferiores. En consecuencia, lo más acertado técnicamente hubiera sido establecer que tendrán la consideración de horas extraordinarias "aquellas que sobrepasen la jornada diaria, semanal o anual, fijada en el calendario laboral de conformidad con los criterios establecidos en el propio convenio"<sup>115</sup>.

En cuanto al tratamiento establecido para las mismas, el convenio contempla como preferente su compensación por tiempo de descanso equivalente<sup>116</sup>, a razón de dos horas por cada una realizada y si se trata de horas extraordinarias realizadas en días festivos o de horas nocturnas, la compensación será de dos horas y media de descanso. No obstante, el convenio permite que mediante pacto se compensen las horas extraordinarias en metálico de conformidad a lo establecido en el propio

---

<sup>114</sup> BLASCO PELLICER, A.; op. cit. Pág. 407.

<sup>115</sup> Téngase en cuenta que las horas extraordinarias son aquellas horas de trabajo que se realizan sobre la duración máxima de la jornada, por este motivo se sostiene que, en modo alguno se puede condicionar su existencia a otros criterios, como el de productividad, que por referirse a cantidad de trabajo no tienen relación conceptual con aquéllas. De ahí que su percepción sea por completo compatible. Vid. SEMPERE NAVARRO, A. V. y QUINTANILLA NAVARRO, R.Y.; *La contratación laboral en las Administraciones Públicas*, Cuadernos de Aranzadi Social, nº 17 pág. 145. En cualquier caso, como señalan estos autores, el complemento de productividad, como cualquier otro complemento de cantidad o calidad del trabajo, se refiere a la jornada ordinaria por lo que empieza por excluir de su configuración legal la horas extraordinarias.

<sup>116</sup> Y en consonancia con lo establecido en el artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores, en caso de compensación por periodos de descanso, en todos los supuestos, ésta deberá producirse en el plazo de los cuatro meses siguientes a la realización de las horas extraordinarias.

Convenio Único<sup>117</sup>, si bien no se explicita de qué tipo de pacto se trata, ni en qué nivel de negociación se podrá concluir, planteándose la posibilidad de acuerdos en ámbito inferiores; incluso se plantea la duda de si cabría el pacto individual en esta materia.

Finalmente, la regulación de las horas extraordinarias se acompaña de una serie de consideraciones; algunas de ellas son meras reproducciones de normas contenidas en el propio estatuto como, por ejemplo, el límite establecido de sesenta horas extraordinarias anuales, salvo las razones justificadas previstas en el artículo 35.5 del mismo estatuto. Por otra parte, y en consonancia con lo que representa ya una tendencia general, no podía faltar la inclusión en el convenio del compromiso de reducción de las horas extraordinarias. Dicho compromiso aparece directamente relacionado con la política global de creación de empleo. El precepto se cierra con la previsión de información trimestral a la CIVEA sobre la realización de horas extraordinarias.

### **2.3. La regulación del tiempo de trabajo en el Derecho de la Función Pública**

#### *2.3.1 Tópicos en la regulación de la jornada de los funcionarios públicos*

Con carácter previo al examen del contenido concreto de la regulación de la jornada y, en general, del tratamiento del tiempo de trabajo de los funcionarios públicos, es conveniente identificar determinadas concepciones que se encuentran arraigadas y así se perciben en los planteamientos que se efectúan acerca del binomio función pública-tiempo de trabajo. Se pueden destacar, al menos dos. Una primera afirmación es aquella del predominio reglamentista en la regulación de esta materia en el ámbito de la función pública. La segunda, tiene que ver con la idea

---

<sup>117</sup> Por otra parte, el exceso de la jornada semanal no es considerado como horas extraordinarias. Vid. STSJ Madrid de 21 de febrero de 2001 (JUR.148632).

extendida de la relajación existente en lo relativo al cumplimiento de la jornada. Pues bien, a ambas afirmaciones es posible añadirles en la actualidad ciertos matices.

Una vez examinada la regulación que en materia del tiempo de trabajo existe en el CCU para el Personal Laboral, no llamará la atención observar la similitud que, en cuanto al contenido, se puede apreciar en la regulación de la jornada para los funcionarios públicos. Por más que, como se sabe, los instrumentos de regulación son francamente diversos, el contenido homogéneo en esta materia y en otras relativas a la organización del trabajo se presenta como una necesidad ineludible desde el punto de vista de la organización del servicio público.

Careciendo hasta este momento de un estatuto de la función pública con un contenido lo suficientemente específico en la materia, se debe acudir a la regulación contenida en la LFCE y en la LMRFP. De la consulta de los textos normativos se deduce la práctica inexistencia de una regulación acerca de la jornada<sup>118</sup>. Sin embargo, tanto la LFCE como la LMRFP, dedican algún precepto concreto a la materia aunque fundamentalmente debe señalarse la existencia de una remisión normativa a la regulación reglamentaria que, en efecto, se ha venido llevando a cabo, sucesivamente, con el Acuerdo de Consejo de Ministros de 19 ene. 83 y la Instrucción de la Secretaría de Estado para la Administración Pública de 21 de dic. 83 (BOE 22 dic.), la Resolución de 27 de ago. 85 (BOE 3 sep.) que la modifica, y la Resolución de 1 de jul. 92 (BOE 14 jul.) del Secretario de Estado para la Administración Pública que deroga, en cuanto se le opongan, a las anteriores.

---

<sup>118</sup> Bien indicativo de ello resulta el hecho de que en los textos normativos las referencias se hagan a la regulación de los permisos y licencias, o la evidente confusión y mezcla en el tratamiento de estas cuestiones relativas a la jornada con aquellas propiamente incluidas dentro de la regulación de los horarios de trabajo. También se ha observado por: MARTÍNEZ GAYOSO, M.N.; “La aspiración sindical a implantar las 35 horas en las Administraciones Públicas vascas a través de la negociación colectiva”, *Revista de Derecho Social* nº 15, 2001, pág. 208. “se aprecia en las diferentes leyes estatales sobre función pública una indiferencia absoluta acerca de la fijación de la duración máxima de la jornada laboral de los funcionarios públicos, faltando al mandato fijado por la Constitución a través de la combinación de los artículos 40.2 y 103.3.”

No obstante, la negociación colectiva ha ido progresivamente cobrando importancia en la regulación de estos aspectos y así, como se menciona más adelante, con motivo de la aprobación del Acuerdo Administración Sindicatos de 14 de Septiembre 1994 y en ese contexto de establecer un marco jurídico nuevo para la jornada en la función pública<sup>119</sup>, se dictó la citada Resolución de la Secretaría de Estado para la Administración Pública de 27 de abril de 1995 (BOE 10 may.). Finalmente, en el Acuerdo Administración-Sindicatos para el periodo 2003-2004 (Resolución de 15 de noviembre de 2002, por la que se ordena la publicación en el BOE), se contiene una regulación de la jornada y de los horarios que modifica la normativa anterior en el sentido que se verá y que por su parte ha dado lugar a la Instrucción de 10 de marzo de 2003 que sustituye a la anterior<sup>120</sup>.

Tal vez uno de los aspectos más novedosos que se puedan observar de entre todos los que pueden desempeñar la negociación colectiva en este ámbito, sea el relativo a la implantación de las treinta y cinco horas en la Administración Pública. Habida cuenta de la ausencia de un estatuto de la función pública convenientemente codificado en el que aparezca contemplada, entre otras cuestiones, una determinación de la jornada máxima, la determinación de la jornada en la función pública es sólo es objeto de atención en la LFCE y sólo para remitirse a lo que se determine reglamentariamente. Dicha circunstancia deja abiertos interrogantes acerca de cuál debe ser el instrumento por medio del cual sea establecida la jornada máxima y por otra parte se plantea también si esta materia es una de las que pueden ser consideradas como básicas. No se ha establecido nada claro al respecto. En todo caso, y dejando a un lado la capacidad de establecer una jornada máxima anual, la

---

<sup>119</sup> PALOMAR OLMEDA, A.; "Derechos y deberes de los funcionarios" en AA.VV: *La Administración Pública española*, (Rodríguez- Arana Muñoz, dir. y Calvo Charro, coord.), INAP, 2002, pág. 881.

<sup>120</sup> Con motivo de la aplicación de este último Acuerdo, la Administración y los sindicatos se comprometían a negociar la revisión de la entonces vigente instrucción sobre jornada y horarios para adaptarla al contenido de lo acordado y así, previo acuerdo con los sindicatos, se dictó la Instrucción sobre jornada y horario de trabajo del personal civil al servicio de la Administración General del Estado de 10 de marzo de 2003, que deroga la Instrucción de 1995.

negociación colectiva en los diferentes ámbitos territoriales puede ser determinante para servir de elemento de arrastre y de implantación de regulaciones novedosas en materia de jornada<sup>121</sup>.

Es un lugar común señalar la existencia de cierta tolerancia en el cumplimiento de la jornada por parte de los empleados públicos<sup>122</sup>. En la actualidad, se aprecia la sucesión de instrumentos, en gran medida provenientes de acuerdos colectivos entre la Administración y las organizaciones sindicales, orientados a conseguir una respuesta ajustada del personal relativa, tanto al régimen de jornada, como al régimen de horario. En esta línea, el Acuerdo Administración-Sindicatos 95-97 reconocía la necesidad de luchar contra el absentismo y la aceptación por ambas partes de una serie de compromisos en la materia<sup>123</sup>. Y de igual modo, el más reciente Acuerdo para los años 2003-04 dedica el Capítulo IV al tratamiento del absentismo laboral introduciéndose proyectos de medición del absentismo, acciones homogéneas para lograr su reducción, implantación de medidas correctoras, todo dirigido a la consecución del objetivo de reducción que se ha situado en al menos un 20%.

---

<sup>121</sup> Vid. MARTÍNEZ GAYOSO, M.N.; “La aspiración sindical a implantar las 35 horas en las Administraciones Públicas vascas a través de la negociación colectiva”, *Revista de Derecho Social* n° 15, 2001, pág. 208.

<sup>122</sup> Estas y otras observaciones del mismo estilo son hasta cierto punto, lugares comunes, La propia Administración, a través del INAP ha señalado en numerosas ocasiones la existencia de estas concepciones así como de sus causas y de sus riesgos: “la desmotivación en el trabajo, el desconocimiento de los propios recursos humanos, la insatisfacción con los sistemas de selección y reclutamiento, las insuficiencias en materia de formación, las dificultades para estimular e incentivar la productividad, la inexistencia aparente de responsabilidades claras. Estas y otras características se atribuyen, de forma genérica, a la gestión del personal público. Como todas las generalizaciones, perviven los tópicos y se refuerzan los prejuicios, confluyendo críticas y valoraciones peyorativas sobre los funcionarios y empleados públicos, sobre las instituciones en su conjunto”. *La misión del INAP Modernización y cambio en las Administraciones Públicas*, 1996, pág. 17.

<sup>123</sup> Compromisos posteriormente plasmados en la Resolución de 27 de abril de 1995 de la Secretaría de Estado para la Administración Pública por la que aprobaron las Instrucciones sobre jornada y horario para el personal civil de la Administración del Estado.

### 2.3.2 Tiempo de trabajo, potestades organizativas y atención al público.

De nuevo, las referencias que se efectúan al calendario laboral lo identifican con un instrumento que aparece como algo más que la mera expresión de la autonomía organizativa, que aunque limitada, posee el empleador en materia de horarios y otras cuestiones relacionadas<sup>124</sup>. En cumplimiento de la reglamentación vigente en la materia, en la función pública el calendario laboral ha de ser aprobado en cada ámbito anualmente y después de la negociación con las organizaciones sindicales. Se observa así el paralelismo con respecto a las menciones a este mismo instrumento para el personal laboral.

En todo caso, ello refuerza la percepción del calendario laboral como un instrumento de organización del trabajo cuya aprobación es competencia exclusiva de la organización pública concernida<sup>125</sup>. Como tal, su contenido debe ser negociado con los representantes sindicales<sup>126</sup> aunque tratándose de una cuestión relativa a las potestades de autoorganización<sup>127</sup>, no resulta ineludible llegar a un acuerdo para que éste tenga plena vigencia, entendiendo pues que bastaría la previa consulta. No obstante, aquellas cuestiones relativas a la posible distribución irregular de la jornada sí deberán estar sustentadas por un acuerdo<sup>128</sup>.

---

<sup>124</sup> Vid. art. 34.6 ET.

<sup>125</sup> En este sentido vid. OLMEDO GAYA, A.; “Deberes e incompatibilidades de los funcionarios públicos”, en: AAVV. *Lecciones de Función Pública* (F. Castillo Blanco, dir.), Cemci, 2003, pág. 419. También, RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.; *El estatuto de los funcionarios públicos. Su convergencia con el Estatuto de los Trabajadores*; Comares, 1997, pág. 292.

<sup>126</sup> Los órganos competentes en materia de personal de los Ministerios, Entidades Gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social y organismos públicos sometidos a la normativa general en materia de función pública, aprobarán anualmente antes del 28 de febrero de cada año, sus calendarios laborales con arreglo a las normas contenidas en la Instrucción de 10 de mar. 2003 y previa negociación con las Organizaciones Sindicales.

<sup>127</sup> La jornada de trabajo y el horario se inserta en la potestad de autoorganización de la Administración que puede determinarla reglamentariamente (ex art. 78 LFCE). Puede verse, en este sentido, la STS 23 de noviembre de 1992, (RJ. 9265) que ha negado que sea discriminatorio el establecimiento de jornadas distintas en atención al interés de atender adecuadamente los servicios públicos.

<sup>128</sup> Es claro que el calendario laboral funciona en este ámbito como instrumento técnico en el que se plasman los horarios y la distribución de la jornada en cada Departamento, Organismo

Existe, por otra parte, toda una batería de criterios que informan la elaboración y el contenido del calendario laboral. Así, la fijación de un tiempo mínimo de permanencia continuada de cinco horas y media o el establecimiento de una pausa de veinte minutos computable como trabajo efectivo que no podrá afectar a la prestación del servicio y que se disfrutará entre las 10 y las 11'30 horas. También se dispone la imposibilidad de afectación o de alteración del número de días de vacaciones establecido por la normativa en vigor como resultado de la distribución anual de la jornada. Todas estas cuestiones que, como se puede ver, mantienen un tratamiento confuso entre la jornada y el horario, se han visto determinadas recientemente por el mencionado Acuerdo Administración-Sindicatos para el periodo 2003-2004.

El fundamento de tal determinación, que seguidamente se verá, es “el compromiso de la Administración General del Estado con la mejora permanente de los servicios que presta al ciudadano y la demanda de la ciudadanía de que estos servicios sean cada vez más accesibles y amplios”. Con ello se manifiesta uno de los criterios importantes que se observarán en la elaboración del calendario, como es el establecimiento de un horario que facilite la atención al público.

Pues bien, en este contexto normativo la jornada acordada entre la Administración y los Sindicatos con esos propósitos mencionados es, de treinta y siete horas y media semanales de trabajo efectivo en cómputo anual, equivalente a 1647 horas anuales. Dentro de este marco, la Administración establecerá la jornada general y las especiales de trabajo de sus funcionarios públicos. Se identifica entonces, una jornada y horarios generales (jornada sólo de mañana y jornada continuada de mañana y tarde) y, junto a ella puede haber en este ámbito, una jornada y horario de especial de dedicación, una jornada reducida, una jornada de

---

Autónomo y Entidad Gestora etc., como tal se halla sometido a la regulación de la normativa sobre función Pública. El calendario laboral tiene un carácter anual y en su confección se incluye previa negociación con las organizaciones sindicales.



verano y jornadas y horarios especiales<sup>129</sup>.

Entre todas las clases de jornada destaca la jornada de especial dedicación de cuarenta horas semanales, pudiendo aumentar si lo requieren las necesidades del servicio. Se establece para aquellos casos de personal que se encuentre adscrito a un puesto de trabajo que tenga establecido en la RPT dicha previsión. Es posible también, como se decía, la implantación de jornadas y horarios especiales, además de los de las oficinas de información y atención al ciudadano y Registros, en aquellos otros ámbitos en que se deban realizar jornadas y horarios especiales excepcionalmente y por interés del servicio. Su establecimiento deberá ser aprobado por la Secretaría de Estado para la Administración Pública, previa negociación con las organizaciones sindicales en el ámbito correspondiente.

En cuanto al horario de trabajo, desde el 1 de enero de 2003 se ha adoptado el siguiente<sup>130</sup>: Jornada sólo de mañana, con una presencia de obligada concurrencia<sup>131</sup> de treinta y dos horas semanales, en horario de lunes a jueves y de seis horas los viernes. Las horas restantes de jornada ordinaria se realizarán de forma flexible y de acuerdo con los criterios establecidos en cada Departamento<sup>132</sup>. Jornada continuada de mañana y tarde, con una presencia obligatoria de lunes a jueves entre las 9'00 y las 17'30 horas, con una interrupción obligatoria mínima de una hora para la comida, y los viernes de 9'00 a 14'00 horas. Las restantes horas de jornada ordinaria se realizarán de forma flexible según los criterios de cada Departamento<sup>133</sup>.

---

<sup>129</sup> Todas aparecen contempladas en la Resolución de 10 de marzo de 2003.

<sup>130</sup> Acuerdo Administración Sindicatos 2003-2004, Instrucción sobre jornada y horario de trabajo del personal civil al servicio de la Administración General del Estado (Res. 10 mar. 2003, BOE 13 mar. RCL 704)

<sup>131</sup> Es la parte principal del horario llamada tiempo fijo o estable, vid. Instrucción 2003.

<sup>132</sup> Vid. art. Segundo, punto 2 de la Instrucción 2003

<sup>133</sup> Es posible repartir dicho horario dentro de la misma con una cierta flexibilidad, de modo que la parte principal o tiempo fijo o estable es de cinco horas y media para todo el personal (entre las nueve y las 14'30 horas) aunque pueden fijarse otras horas de entrada y salida. Y luego habrá una parte variable o tiempo de flexibilidad que comprende el resto de las horas que se pueden cumplir entre las 7'30 y las 9 o entre las 14'30 y las 19 horas.

Cuando el personal esté sujeto a régimen de especial dedicación, las cinco horas restantes de jornada ordinaria las realizará de acuerdo con los criterios establecidos en cada Departamento. Así, en este tipo de jornada también cabe alguna flexibilidad de horario, pero, en cualquier caso es preciso cumplir horario de tarde de lunes a viernes al menos una hora y media, salvo que se establezca o se proponga otra fórmula. Para el personal que tenga especial dedicación, se puede implantar una jornada continuada que se distribuye entre las nueve y las diecisiete treinta de lunes a jueves con una interrupción para la comida entre las catorce treinta y las dieciséis treinta de lunes a jueves. Los viernes se prestará servicio entre las nueve y las catorce horas.

En cualquier caso, tanto en las Oficinas de Información y Atención al Público, como en los Registros que se determinen, un horario de atención al público será ininterrumpido de nueve a diecisiete treinta horas de lunes a viernes y de nueve a catorce horas los sábados. Puede verse como en la actualidad la toma en consideración de la mejora en la atención al público se encuentra detrás de las regulaciones establecidas en materia de horarios<sup>134</sup>, en concreto puede verse en el establecimiento de un horario ininterrumpido. En este sentido, en el ámbito de la Administración General del Estado, se ha fijado el objetivo de avanzar progresivamente hacia un horario único que se corresponderá con aquel establecido de mañana y tarde.

La otra cuestión destacable es, de nuevo, la constatación de las posibilidades organizativas que se dejan a los Departamentos, lo que recuerda a las posibilidades de negociación descentralizada de la materia que se veían en el ámbito del CCU para el personal laboral. Así, dentro de esta similitud, coherentemente, se apunta al

---

<sup>134</sup> En general sobre todas estas cuestiones relativas a la incidencia de las necesidades de atención al público sobre la determinación de los tiempos de trabajo, en particular sobre la flexibilidad horaria, puede verse: GARCÍA BLASCO, J.; "Horario de trabajo y horario de asistencia al público: problemática jurídica y sindical", *Relaciones Laborales* I/1990, págs. 130 a 141.

ámbito de cada departamento con el más indicado para especificar o concretar el cumplimiento de la jornada que con carácter general queda establecida con arreglo a criterios flexibles. En cualquier caso, sí se apuntan una serie de aspectos que deberán ser contemplados en los departamentos a la hora de establecer sus criterios. Se trata en todos los casos de favorecer la atención al público estableciendo un horario más amplio en aquellas unidades que lo precisen en función del tipo de servicio y del volumen de usuarios. Al propio tiempo, es preciso contemplar también las necesidades de personal que dicho propósito puede plantear desde el punto de vista también de las disponibilidades presupuestarias.

El instrumento a través del cual en cada Departamento se llevará a cabo la distribución de la jornada según los parámetros antes vistos así como la fijación de los horarios, es el calendario laboral. En el último Acuerdo Administración-Sindicatos se atribuye a dicho instrumento la tarea de racionalizar la prestación de servicios, se podría añadir también la tarea de efectuar un tratamiento conjunto de la materia para ambos colectivos de personal aún salvando la circunstancia de que los instrumentos de regulación de uno y otro tipo de personal son distintos. Por tanto, el calendario laboral debe comprender en conjunto la organización del personal en relación al tiempo de trabajo y debe ser negociado con las organizaciones sindicales<sup>135</sup>.

## **2.4. La dimensión personal de la regulación del tiempo de trabajo.**

### *2.4.1 La conciliación de la vida familiar y laboral de los empleados públicos.*

La conciliación de la vida familiar con la vida laboral “es un elemento esencial en el desarrollo equilibrado de una sociedad avanzada que tiene como valor

---

<sup>135</sup> Si bien, claro está, dicha negociación deberá ser articulada por los cauces y según la normativa respectiva de cada colectivo de personal.

fundamental la igualdad de sus ciudadanos”<sup>136</sup>. En estos términos se expresaban los firmantes del Acuerdo Administración Sindicatos 2003/2004 haciendo evidente el doble carácter que se percibe en toda Administración Pública como una organización en la que prestan servicios determinados empleados y, al tiempo, como poder público.

Si existe alguna materia en la que se puede observar un tratamiento de contenido idéntico para los dos principales colectivos de empleados al servicio de la Administración Pública es aquella referida a la normativa aprobada en desarrollo de la necesidad de favorecer la conciliación de la vida familiar y personal de las personas trabajadoras. Efectivamente, la Ley 39/1999 de 5 de noviembre de Conciliación de la vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras persigue el objetivo de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares y laborales entre hombres y mujeres y al tiempo hacer compatible el trabajo con la atención de otras necesidades que aún no han obtenido un tratamiento satisfactorio a pesar de su mayor incidencia apreciable sobre todo a partir de la incorporación de la mujer al trabajo que hace indispensable la promoción de la igualdad en el reparto de tareas<sup>137</sup>.

Con la significativa referencia a los arts. 39.1 y 9.2 CE, la Ley 39/1999 incorpora una serie de modificaciones a las principales normas laborales: el Estatuto de los Trabajadores, la Ley de Procedimiento Laboral, la Ley General de la Seguridad Social y la Ley de Prevención de Riesgos Laborales<sup>138</sup>. Pero, al propio tiempo, la Ley afecta a los funcionarios públicos y en ese sentido incorpora también modificaciones en la Ley 30/1984, de 2 de agosto (LMRFP)<sup>139</sup>, en la Ley de

---

<sup>136</sup> Acuerdo Administración Sindicatos para la Modernización y Mejora de la Administración Pública para el periodo 2003-2004, (BOE, 18 nov. 2002), Capítulo V.

<sup>137</sup> *La protección social de las mujeres. Informe CES*, 2000, págs. 78 y ss.

<sup>138</sup> Vid. DE LA PUEBLA PINILLA, A., “Comentario a la Ley 39/1999, de 5 de noviembre. Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, *El Derecho, Boletín de Legislación* nº 117, 2000.

<sup>139</sup> En lo que se refiere a la excedencia para el cuidado de familiares y al permiso por

Funcionarios Civiles del Estado aprobada por el RD 315/1964, de 7 de febrero (LFCE)<sup>140</sup> y en las Leyes 28/1975, de 27 de junio, de Seguridad Social de las FFAA y Ley 29/1975, de 27 de junio, de Seguridad Social de los FCE<sup>141</sup>.

Con esta técnica legislativa de extensión del tratamiento dispensado en una determinada materia para ambos colectivos, la mencionada Ley se suma a otras anteriores que como la LOLS o la LPRL hicieron otro tanto. Esta realidad se ve confirmada, además, en el tratamiento homogéneo que en estos aspectos, la negociación colectiva dispensa para la entera totalidad de los empleados públicos. Así, en el mencionado Acuerdo Administración-Sindicatos para el periodo 2003-2004, se prevé un Título II específicamente dirigido a las medidas encaminadas a favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral.

Entre lo dispuesto en el presente título destaca la rotunda expresión con la que se hace referencia a la toma de posición activa en la Administración de manera que “con carácter inmediato” se inicien los trabajos necesarios para analizar las necesidades y, en atención a ellas, destinar los fondos y adoptar las medidas oportunas. Muchas de las medidas previstas giran en torno al tratamiento de la jornada a través de específicas previsiones de reducción por motivos familiares y a través del empleo de la figura de la contratación a tiempo parcial.

En cualquier caso, la adaptación de éstas y otras previsiones de carácter más genérico se ha llevado a cabo mediante el tratamiento de las correspondientes instituciones en el régimen jurídico respectivo de cada personal, de modo que, sin perjuicio de la permanente labor de adaptación y modificación que es observable en esta materia, resulta importante observar el contenido concreto de la normativa para apreciar una identidad que responde a la existencia de un fin compartido para la

---

maternidad y paternidad.

<sup>140</sup> En lo relativo al reconocimiento de la licencia por riesgo durante el embarazo.

<sup>141</sup> Para equiparar la situación de licencia por riesgo durante el embarazo.

totalidad de los empleados públicos. Terminando como se comenzaba el presente epígrafe, se puede señalar esta coincidencia de contenido material en la regulación de estas materias para funcionarios y trabajadores de las administraciones públicas como una muestra más que corrobora la tendencia a la instauración de un estatuto compartido<sup>142</sup>. Por otra parte, esta equivalencia puede también ser observada desde el ángulo de la influencia del Derecho del Trabajo sobre el estatuto de los funcionarios públicos<sup>143</sup>.

#### *2.4.2 El tratamiento equivalente en el empleo público de los permisos, licencias y reducciones de jornada de los funcionarios y los trabajadores al servicio de la Administración.*

Las licencias y permisos en el ámbito de la Administración son derechos reconocidos a los funcionarios públicos, se trata de derechos subjetivos que pueden ser exigidos a la Administración en tanto se mantengan vigentes en la normativa de aplicación<sup>144</sup>. Para el Derecho del Trabajo, la terminología expresiva de los derechos subjetivos antes mencionados es distinta pues en la normativa laboral se regulan dentro de la jornada, los supuestos relativos a las reducciones previstas de la misma y por otra parte aparecen contemplados los permisos dentro de los descansos e interrupciones. Además, estas materias, con ser detalladamente tratadas por la ley, incluso siendo objeto de algún desarrollo reglamentario, son tomadas en consideración por la negociación colectiva principalmente para mejorar y completar

---

<sup>142</sup> Acerca de la extensión en el tratamiento de ciertas materias al ámbito funcional, sobre un aspecto concreto: la Ley 3/89 sobre maternidad e igualdad de trato, vid. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.; "La Ley 3/1989. Una reforma promocional de la mujer con acentuados claroscuros", *Relaciones Laborales* 1/1989, págs. 1141 a 1166.

<sup>143</sup> Vid. RODRÍGUEZ RAMOS, M<sup>a</sup> J.; *El estatuto de los Funcionarios Públicos. Su convergencia con el Estatuto de los Trabajadores*, Comares, 1997, págs. 548 a 551. La autora incluye entre las materias que formarían parte de un estatuto compartido material, aquellas relacionadas con la protección de la mujer trabajadora, la conciliación de la vida laboral y familiar, los permisos y licencias...etc. afirmando que es en estas materias "donde mejor se comprueba la progresiva laboralización del estatuto de los funcionarios públicos".

<sup>144</sup> Vid. LORENZO DE MEMBIELA, J.B.; *Licencias y permisos de los Funcionarios Públicos*, Aranzadi, 2001. Para una descripción pormenorizada de la materia referida a los funcionarios públicos.

lo que la normativa recoge como normas mínimas (es el caso de los permisos del art. 37.3 ET).

Con la tradicional terminología de la función pública, el art. 30.3 LMRFP regula la licencia por parto o por maternidad y por adopción o acogimiento de las funcionarias y en idénticos términos en que en la normativa laboral se contempla para el personal laboral en el art. 48.4 ET<sup>145</sup>.

Se debe tener en cuenta que los periodos a los que nos referimos podrán disfrutarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, previo acuerdo entre la empleadora y los empleados afectados en los términos que reglamentariamente se determinen<sup>146</sup>. En lo concerniente a la función pública, mediante norma

<sup>145</sup> En el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas, que se disfrutarán de forma ininterrumpida, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. El periodo de suspensión se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto. No obstante lo anterior, y sin perjuicio de esas seis semanas de descanso obligatorio de la madre posteriores al parto, en el caso de que el padre y la madre trabajen, ésta, al iniciarse el periodo de descanso por maternidad, podrá optar porque el padre disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso posterior al parto bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre, salvo que en el momento de su efectividad la salud de la madre corriera algún riesgo con la reincorporación. En los casos de parto prematuro y en aquellos en los que el recién nacido debiera permanecer hospitalizado a continuación del parto, el periodo de suspensión podrá iniciarse a partir de la fecha del alta hospitalaria. Se excluyen del cómputo las seis semanas de descanso obligatorio de la madre después del parto. Por otra parte, en los supuestos de adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, de menores de hasta seis años, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de adopción o acogimiento múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo, contadas a elección del empleado público, bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, bien a partir de la fecha de la resolución judicial por la que se constituye la adopción. Esta duración de la suspensión será igualmente de dieciséis semanas en los supuestos de adopción o acogimiento de menores mayores de seis años de edad cuando se trata de menores discapacitados o minusválidos o que por sus circunstancias o experiencias personales o que por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes. Al igual que se establece para los supuestos de suspensión por nacimiento, en el caso de que el padre y la madre trabajen, el periodo de suspensión se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre con periodos ininterrumpidos y con los límites señalados. En cualquier caso, si se ha optado por el disfrute simultáneo de periodos de descanso, la suma de los mismos no podrá exceder de las dieciséis semanas previstas en los apartados anteriores o de las que correspondan en caso de parto múltiple.

<sup>146</sup> Esta posibilidad se contempla para los trabajadores en la DA 1ª RD 1251/2001 (BOE 17 nov.), titulada “suspensión de contrato de trabajo por maternidad a tiempo parcial”. Por su parte, para los funcionarios públicos, esta posibilidad ha sido regulada mediante el RD180/2004, de 30

reglamentaria se han introducido las modificaciones precisas para flexibilizar el disfrute del permiso en los supuestos de parto, adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, contemplados anteriormente<sup>147</sup>.

En términos similares al régimen contemplado para los trabajadores, la regulación del disfrute a tiempo parcial de los permisos incluidos en el art. 30.3 LMRFP, denota al mismo tiempo el interés por compaginar la regulación de un derecho para los empleados con las necesidades de la prestación de un servicio público. Ello se percibe en la previsión de la existencia de un informe del responsable de la unidad en que estuviera destinado el funcionario, por medio del cual se acredite que las necesidades del servicio quedan cubiertas. A la vista de todo ello, se dictará resolución por el órgano competente para su concesión, por medio de la cual quedará formalizado el acuerdo o su denegación<sup>148</sup>. Un matiz importante introducido por la normativa es que, siempre que lo permita la organización del trabajo, se concederá al funcionario la parte de la jornada solicitada para el disfrute del permiso a tiempo parcial que convenga a sus intereses.

En general, la regulación de los restantes supuestos de permisos contemplados en el art. 30 LMRFP se efectúa en iguales términos que para el personal laboral y contemplando prácticamente los mismos supuestos (traslado, realización de funciones sindicales, realización de exámenes, realización de pruebas prenatales, cumplimiento de un deber..etc) que aparecen recogidos como permisos en el art. 37.3 ET. Con algunos matices, lo mismo podría decirse de los supuestos en que la

---

de enero (BOE 12 feb).

<sup>147</sup> La Exposición de Motivos del mencionado real decreto explica la pretensión de potenciar el reparto de las responsabilidades familiares entre madres y padres, la mejora en el cuidado de los hijos por los progenitores, así como hacer posible que los funcionarios mantengan la vinculación con su puesto de trabajo de forma que la maternidad no sea nunca un obstáculo para la carrera profesional.

<sup>148</sup> Téngase en cuenta que también en la regulación de esta materia para los trabajadores, el disfrute de los permisos bajo esta modalidad a tiempo parcial estará condicionado a la existencia de acuerdo entre el trabajador y el empresario. Por otra parte, para los trabajadores de la Administración, habrá que concluir que el procedimiento será el mismo que aparece previsto en el RD 108/2004.



normativa funcionarial contempla la posibilidad de reducción de jornada.

En efecto, se pueden contemplar determinados supuestos de reducción de jornada en el ámbito de la Administración General del Estado coincidentes con los establecidos para los trabajadores. Por una parte, la jornada puede reducirse por cuidado de hijos. Así, el funcionario con un hijo menor de nueve meses, tiene derecho a una hora diaria de ausencia del trabajo, que puede dividirse en dos periodos o sustituirse por una reducción de jornada de media hora al inicio y al final de la jornada o en una hora al inicio o al final de la jornada (Art. 30.1 f) LMRFP<sup>149</sup> y art. 37.4 ET). Se trata de un derecho que pueden disfrutar indistintamente tanto el padre como la madre, cuestión esta que ha quedado definitivamente aclarada tras la STC 109/1993, de 25 de marzo, al considerar que no se trata de un permiso por maternidad sino de un permiso especial para ausentarse del trabajo una hora o dos fracciones de media hora cada una con la finalidad de atender un hijo menor de nueve meses<sup>150</sup>.

El art. 30.1 letra g) LMRFP (y el art. 37.5 bis ET para el personal laboral), establece que el funcionario que por razones de guarda legal, tenga a su cuidado directo algún menor de 6 años, o un anciano que requiera especial dedicación o a un disminuido psíquico o físico que no desempeñe actividad retribuida, tendrá derecho a la disminución de su jornada de trabajo<sup>151</sup>. Tendrá el mismo derecho el

---

<sup>149</sup> La redacción de esta previsión proviene del art. 58.3 LMFAOS/02.

<sup>150</sup> Como ha observado OLMEDO GAYA, A.; “Derechos de contenido funcional, laboral y social”, en, *Lecciones de Función Pública* (Castillo Blanco, dir.), CEMCI, 2002, pág. 284, se plantea algún problema relativo a la determinación de si dicho permiso puede disfrutarse en el periodo fijado por la Administración o queda sujeto a la discrecionalidad del funcionario, la jurisprudencia parece haber acogido esta última posibilidad siempre que ésta no se ejercite de forma absolutamente indiscriminada (STS de 23 de marzo de 1998, RJ. 139). La STSJ Castilla-La Mancha de 3 de febrero de 2000, AS. 1121, señala que el permiso de cuidado de hijo menor de nueve meses no es incompatible con que el cónyuge esté asimismo disfrutando de un permiso de maternidad por que se trata de permisos distintos y diferenciados, la licencia para el cuidado de hijo es ejercitable tanto por el padre como por la madre cuando cada uno de ellos sea funcionario.

<sup>151</sup> No cabe la “temporalización” de este derecho al gusto del funcionario/a, solicitando y renunciando a su vez en varias ocasiones según coincida o no con la jornada escolar continuada o con las vacaciones escolares (STSJ Galicia de 14 de mayo de 1998, AS. 1985), vid. OLMEDO

funcionario que precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que por razones de edad o de enfermedad no pueda valerse por si mismo y no desempeñe actividad retribuida. Reglamentariamente se determina la disminución de jornada y la reducción de las retribuciones<sup>152</sup>.

Por otro lado, dentro de los supuestos de reducción de jornada, cabe contemplar también los casos de los funcionarios a quienes faltándoles menos de cinco años para cumplir la edad de jubilación forzosa, solicitan y obtienen una reducción de jornada hasta la mitad, con la reducción de las retribuciones que se establezca<sup>153</sup>. Finalmente, es posible la reducción de la jornada en supuestos relativos a las necesidades e intereses particulares del funcionario. Este supuesto se recoge en el acuerdo Administración Sindicatos 95-97, así como en la Instrucción de 10 de marzo de 2003. La posibilidad de reducción de jornada por interés particular está abierta en la Administración del Estado a los funcionarios de nivel inferior al 28 sin especial dedicación y siempre que sea compatible con la naturaleza del puesto que se desempeñe y las funciones del centro al que se pertenezca<sup>154</sup>. Esta reducción consiste en hacer una jornada de 9 a 14 horas de lunes a viernes con el 75% de las

---

GAYA, A.; "Derechos de contenido funcional, laboral y social", en, *Lecciones de Función Pública* (Castillo Blanco, dir.), CEMCI, 2002, pág. 285.

<sup>152</sup> Así, por RD 2670/1998, de 11 dic. se ha desarrollado la regulación del permiso de reducción de jornada para el cuidado de niños, ancianos y disminuidos. Dicha reducción será de hasta un medio de la jornada de trabajo, con la reducción proporcional de las retribuciones. La mencionada reducción no implica la fijación de un complemento personal transitorio por la pérdida de de retribución experimentada, vid. también la STS de 28 de abril de 1995 (RJ. 3464).

<sup>153</sup> La misma posibilidad se establece temporalmente para los funcionarios en proceso de recuperación por razones de enfermedad siempre que lo permitan las necesidades del servicio. El funcionario recibe un 60% de sus retribuciones si la jornada se reduce a la mitad y un 80% si se reduce solamente a un tercio, reduciéndose también proporcionalmente la cuota de derechos pasivos y seguridad social.

<sup>154</sup> No podrá concederse la reducción de jornada al personal que por la naturaleza y características del puesto de trabajo desempeñado deba prestar servicios en régimen de especial dedicación. En el supuesto de que la especial dedicación no se derive de las mencionadas circunstancias y venga retribuida exclusivamente mediante el concepto de productividad por la realización de la correspondiente jornada, podrá autorizarse la reducción, previo pase al régimen de dedicación ordinaria con la consiguiente exclusión de dicho concepto retributivo.

retribuciones<sup>155</sup>. Esta modalidad de jornada reducida será incompatible con las reducciones de jornada previstas en el artículo 30.1 LMRFP y en la DA 5ª RD 365/1995 regulador de las Situaciones Administrativas.

### **3. EL EMPLEO PÚBLICO COMO EMPLEO SEGURO: ADMINISTRACIÓN Y PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES**

#### **3.1. La ambivalencia de las políticas de mejora de las condiciones de trabajo de los empleados públicos.**

Diversas materias pueden ser tratadas dentro del contexto relativo a la calidad del trabajo, éstas se relacionan entre si a partir de un nexo común que es la seguridad del entorno o, dicho de otro modo, el análisis del empleo público como un empleo seguro. Sin lugar a dudas, el entorno de trabajo es determinante en la configuración del grado mayor o menor de bienestar en el desempeño del trabajo por parte de los empleados públicos. Buena muestra del renovado interés que han cobrado estas cuestiones, son las medidas incluidas en el Acuerdo Administración Sindicatos para el periodo 2003-2004, entre las cuales se encuentran repartidas, aunque, como se ha observado, con una notable falta de sistemática<sup>156</sup>, materias que, en general, pueden encuadrarse dentro de las previsiones relativas a una política de bienestar o de mejora de las condiciones de trabajo.

Dejando a un lado las cuestiones específicamente relacionadas con las políticas de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, resulta, en

---

<sup>155</sup> En el art. 40.4 del Convenio Colectivo Único se contempla igualmente esta posibilidad de reducción de jornada por interés particular para el personal laboral. Ésta puede concederse cuando es compatible con la naturaleza del puesto de trabajo y con las funciones del centro, de modo que si se considera indispensable el trabajo del trabajador para realizar la función principal del centro administrativo, cabe denegar la reducción de jornada solicitada. Vid. STSJ Madrid de 20 de junio de 2001 (AS. 2727).

<sup>156</sup> TUDELA CAMBRONERO, G., "La prevención de riesgos laborales en el Acuerdo Administración-Sindicatos para 2003-2004, de modernización y mejora de la Administración Pública, *Revista Electrónica IUSTEL*, julio, 2003.

cualquier caso, ineludible hacer referencia a la dimensión que la regulación del tiempo de trabajo tiene desde el punto de vista de la seguridad y salud en el trabajo. Por una parte, es claro que la propia génesis de la legislación laboral evidencia esta estrecha relación, de hecho, la evolución de una regulación protectora se ve representada en la evolución de una progresiva delimitación y limitación del tiempo de trabajo para avanzar en la protección de la vida y de la salud de los trabajadores<sup>157</sup>.

Del mismo modo, así como la determinación del tiempo de trabajo incide en el bienestar del trabajador, el entorno productivo, los modos de trabajar, la organización del trabajo, en fin, tienen una enorme repercusión en la salud de los individuos. El ambiente laboral, la posibilidad de comportamientos de hostigamiento o acoso que pueden producirse en el entorno de trabajo, se van reconociendo por los Tribunales como elementos constitutivos y susceptibles de generar responsabilidades en el empresario<sup>158</sup>.

Indicativo de esta realidad, es el tratamiento dispensado por las normas. Así, en este sentido es llamativo que, dentro de lo que expresamente se llama conciliación se encuentren medidas de movilidad voluntaria por razones de salud, al tiempo que en idéntica ubicación que aquélla en la que se contemplan las medidas relativas a la prevención de riesgos laborales, estén incluidas medidas relativas a la igualdad de oportunidades. En ellas expresamente se hace referencia a la necesidad de conciliación entre la vida familiar y laboral, si bien es cierto que ambas bajo la denominación común de “medidas encaminadas a la mejora de las condiciones de trabajo del personal”. En cualquier caso, todo ello resulta exponente de la directa imbricación de estos aspectos entre si, es imposible separar la comprensión del tratamiento del tiempo de trabajo sin tener en cuenta sus implicaciones con la normativa sobre seguridad y salud. Y al mismo tiempo, no se puede tratar esta

---

<sup>157</sup> SUPIOT, A.; *Crítica del Derecho del Trabajo*, MTAS, 1996, pág. 94.

<sup>158</sup> DE LA PUEBLA PINILLA, A.; *Proyecto Docente y de Investigación*, 2001, págs. 54 y ss.

última materia sin tener en cuenta que en ella se hallan comprendidas dimensiones relativas al entorno de trabajo.

Ha sido, precisamente, la necesaria observancia del entorno del trabajo la que se ha ido abriendo para efectuar aproximaciones al contexto en el que las relaciones productivas se desenvuelven. En particular, se puede establecer una relación entre la aparición de nuevos elementos que funcionan como condicionantes en el entorno laboral y la configuración de nuevos riesgos. Esta materia proyecta dentro del empleo público especiales consideraciones relativas a su método de tutela y protección, así como a las especialidades que se desprenden del propio ámbito público. Sobre todo ello, se detendrán en primer lugar estas líneas que siguen, para, a continuación, efectuar una aproximación a las peculiaridades de la adaptación de la normativa general sobre prevención de riesgos en el empleo público.

Como no podía ser de otro modo, la prevención de los riesgos laborales ha pasado a formar parte del elenco permanente de materias que sucesivamente son tratadas por los sujetos negociadores de los Acuerdos, Pactos o Convenios Colectivos en el empleo público. Así visto, parecería que dicha realidad viene a profundizar en una buena adaptación de los contenidos preventivos al específico ámbito público así como a asegurar una efectiva aplicación de la normativa vigente. Pero la realidad es muy distinta, como se ha señalado por doquier, la recepción de la prevención de riesgos laborales en el empleo público presenta abundantes limitaciones<sup>159</sup>.

Ello es así, por más que se presente como un contenido permanente en cualquiera de los acuerdos o de los convenios suscritos en el sector. Se puede llegar a decir que precisamente, la sola lectura de lo incluido en el Acuerdo Administración-Sindicatos para 2003-2004 da una muestra abundante de lo que

---

<sup>159</sup> GARCÍA GUTIERREZ, M.L.; "Medidas de protección de la salud laboral de los empleados públicos en el Acuerdo Administración-Sindicatos y en la Ley 53/2002 de 30 de diciembre", *Tribuna Social* nº 149, 2003, págs. 23 a 31. pág. 23.

queda por hacer<sup>160</sup>. En todo caso, lo que sí puede concluirse, en un intento de destacar los elementos más positivos, es que el reciente Acuerdo muestra, cuando menos, una predisposición, una actitud favorable a la consecución del cumplimiento real de la normativa de prevención de riesgos laborales en el empleo público. Por otra parte, es destacable también la impresión que produce el texto de lo acordado en la materia pues resulta expresiva de una convicción que considera que la mejora de las condiciones de trabajo y en particular, de la salud de los trabajadores, es una premisa necesaria para alcanzar una mejora de los servicios y para la modernización de la Administración que son los objetivos que por otra parte aparecen señalados en el propio Acuerdo.

Por otra parte, en el Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Administración General del Estado, el capítulo 12 se dedica a la materia de salud laboral y acción social. Lo más destacable de la regulación que se contiene en el mismo es la referencia que efectúa acerca de la necesidad de un tratamiento homogéneo y conjunto para todos los empleados públicos, independientemente de cuál sea su régimen. En consecuencia, el art. 62 CCU abre la regulación afirmando o remitiéndose de entrada a la regulación vigente, se entiende la LPRL y el Reglamento de los Servicios de Prevención, así como a lo pactado al respecto, y en este aspecto debemos entender la referencia hecha al Acuerdo Administración-Sindicatos 2003-2004.

### **3.2. La relativa desprotección frente al acoso moral como riesgo profesional: recepción y respuesta en el empleo público.**

Según el Diccionario del Español Actual<sup>161</sup>, acosar significa, perseguir sin dar

---

<sup>160</sup> TUDELA CAMBRONERO, G., "La prevención de riesgos laborales en el Acuerdo Administración-Sindicatos para 2003-2004, de modernización y mejora de la Administración Pública, *Revista Electrónica IUSTEL*, julio, 2003, analiza en términos críticos el contenido del Acuerdo y señala que "en materia de prevención de riesgos, en la Administración General del Estado está todo por hacer, o por decirlo en otras palabras, apenas sí se ha hecho algo".

<sup>161</sup> SECO, M.; ANDRÉS, O. y RAMOS, G.; Aguilar, 1999.

reposo, perseguir con insistencia para reducir a un espacio limitado, atacar sin dar tregua ni descanso, mortificar o atormentar, o agobiar e importunar a alguien con peticiones insistentes. Tanto desde la psiquiatría<sup>162</sup>, como desde el mundo del derecho<sup>163</sup> se ha tratado de proporcionar una definición apropiada de esta conducta que, sea cual sea la definición elegida, implica el ejercicio continuado de una “violencia en pequeñas dosis, que no se advierte y que, sin embargo, es muy destructiva”<sup>164</sup>.

El tratamiento de esta cuestión en el ámbito público presenta perfiles propios como consecuencia de la singular naturaleza de la organización, ello dificulta un tratamiento en iguales condiciones que el resto de los ámbitos de las relaciones productivas. De manera que desde estas páginas, más que realizar un comentario al concepto de acoso moral y a las respuestas del ordenamiento frente a dicho fenómeno, se hará referencia a la recepción de estas conductas en el empleo público para observar los obstáculos que se plantean en la represión de las mismas.

La STS (3ª), Sec. 6ª, de 23 de julio de 2001 (RJ. 8027), contiene afirmaciones muy críticas sobre la conducta sostenida por una administración local con un funcionario a su servicio que es calificada por el Tribunal como “verdadero paradigma de cómo no debe actuar un poder público en un Estado de Derecho”. Los hechos probados de la sentencia evidencian un comportamiento hostil y carente de toda justificación por parte de la administración que constituye una forma de acoso moral sistemáticamente dirigida contra un funcionario público.

La mencionada STS acoge una técnica definitoria del acoso moral “integrada por elementos estructurales y finalistas, si bien despreocupada de análisis tintados

---

<sup>162</sup> LEYMANN, H. ; *La persécution au travail*, Seuil, 1996.

<sup>163</sup> Vid. Exposición de Motivos, *Informe del Parlamento Europeo sobre el acoso moral en el lugar de trabajo*, 16 de julio de 2001, 2001/2339 (INI).

<sup>164</sup> HIRIGOYEN, M.F.; *El acoso moral en el trabajo. Distinguir lo verdadero de lo falso*. Paidós, 2001, pág. 19.

de indagaciones intimistas o subjetivistas a ultranza”<sup>165</sup>. Los hechos describen la situación de un funcionario que había denunciado anomalías en el servicio de agua. Cuando se produce el mal funcionamiento, tal como se había anunciado por el empleado, como consecuencia del mal estado de ciertos filtros, el funcionario es expedientado y cambiado de puesto a otro con “una ubicación en el sótano, sin luz ni ventilación natural, sin darle ocupación de ningún tipo”<sup>166</sup>. Al solicitar la baja laboral por enfermedad con apoyo en informes médicos que acreditaban su procedencia, por toda contestación recibe la exigencia de presentar otros informes expedidos por especialistas diferentes. El Tribunal Supremo confirma en este pronunciamiento la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura que reconoció el derecho del funcionario a ser indemnizado por la administración local que le había dado el trato descrito.

Parece comúnmente admitido que los comportamientos de hostigamiento o de acoso moral a los trabajadores encuentran una mayor difusión en el seno de las organizaciones públicas. Al menos este es un dato que puede extraerse a partir de los múltiples foros abiertos para la defensa frente a dichos comportamientos y de pronunciamientos judiciales como el antes referido<sup>167</sup>. De ser así, estaríamos ante una indeseada derivación en la gestión de los recursos humanos del empleo

---

<sup>165</sup> MOLINA NAVARRETE, C.; “Una nueva patología de gestión en el empleo público. El acoso institucional”, página web, ASCAMT. También publicado en; *Diario La Ley*, año XXII, nº 5436, lunes 10 de diciembre de 2001, págs. 1 a 12.

<sup>166</sup> Fundamento de Derecho Cuarto b. STS de 23 de julio de 2001 (RJ. 8027).

<sup>167</sup> MOLINA NAVARRETE, C.; “Del “silencio de la Ley a la Ley del silencio: ¿Quién teme a la lucha de la Inspección de Trabajo contra el acoso moral en las administraciones públicas?” *Estudios Financieros, Revista de Trabajo y Seguridad Social* nº 424, 2003. pág. 7: observa cómo “según todos los estudios realizados en esta materia, tanto particulares, como oficiales, incluida la OIT y la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo, así como la Agencia Europea de Seguridad y Salud en el Trabajo, el ámbito en el que existe una mayor incidencia, por sus particularidades organizativas, es precisamente el de las diferentes administraciones públicas”. También HIRIGOYEN, op. cit. hace alusión a este dato, pág. 110. Al citado informe de OIT, se refiere DÍAZ DESCALZO, M<sup>a</sup> C.; “Los riesgos psicosociales en el trabajo: el estrés laboral, el síndrome del quemado y el acoso laboral. Su consideración como accidente de trabajo.”, *Revista de Derecho Social* nº 17, 2002, pág. 200.



público<sup>168</sup>. La especialidad de las relaciones productivas de las administraciones públicas, más allá de la naturaleza jurídica, laboral o funcionarial, de las mismas, se debe a la incidencia notable del principio de jerarquía, a la existencia de un mayor control en el procedimiento de trabajo pero con una difícil evaluación de resultados.... se trata de una determinada forma de prestación de servicios en cuya configuración es apreciable la mezcla de la defensa del interés público con elementos que provienen de una tradición heredada a lo largo de siglos de historia<sup>169</sup>. De este modo, si como condiciones de trabajo son entendidas no sólo las puramente materiales o ambientales, sino también las relaciones sociales, las cargas y la presión del trabajo que existe en una organización<sup>170</sup>, puede decirse que determinados condicionamientos del trabajo público funcionan como elementos favorecedores, y hasta cierto punto, amparadores de conductas de abuso frente a los empleados.

Comenzando por el hecho del sometimiento en los modos de actuación al régimen jurídico regulado por el derecho administrativo, ello supone la entrada en juego de una normativa diversa a la que resulta de general aplicación para el tratamiento de estas materias en el derecho del trabajo<sup>171</sup> lo que complica la dispensa de un tratamiento igual en el empleo público, como vamos a ver. Por otra parte, el hecho de que dentro de la organización administrativa el sujeto responsable

---

<sup>168</sup> En este sentido, diversos enunciados aparecen en trabajos doctrinales haciendo referencia a “nuevas patologías de gestión en las organizaciones públicas” (MOLINA NAVARRETE, C.), o a la realidad del Acoso en la administración como presupuesto de una forma de corrupción: “violencias en la Administración Pública” (SCIALPI, D.).

<sup>169</sup> En estos términos, MOLINA NAVARRETE, C.; “Una nueva patología de gestión en el empleo público. El acoso institucional”, ASCAMT, se refiere al carácter reglamentista y a “la cultura de gestión que sigue considerando el poder y el control como valores prioritarios para conseguir la eficacia, frente a otros parámetros propios de las organizaciones de empresa”.

<sup>170</sup> DÍAZ DESCALZO, M<sup>a</sup> C.; “Los riesgos psicosociales en el trabajo: el estrés laboral, el síndrome del quemado y el acoso laboral. Su consideración como accidente de trabajo.”, *Revista de Derecho Social* nº 17, 2002, pág. 183.

<sup>171</sup> Como ha señalado LUELMO MILLÁN, M.A.; “Acoso moral o “mobbing”. Nuevas perspectivas sobre el tratamiento jurídico de un tema intemporal de actualidad”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 115, 2003, pág. 32, La administración “como empleadora, es evidente que no se trata de un empresario al uso, por lo que ha de partirse de la necesidad de tener en cuenta su estructura organizativa y la existencia de ámbitos sectoriales y descentralizados”.

de acoso, compañero o superior del acosado, no sea en sí el empresario o el empleador, significa que él no arriesga nada económicamente<sup>172</sup>, así, esta consideración, que podría disuadir de la realización de conductas abusivas, no tiene mucha relevancia en el ámbito público. La mayor estabilidad en el empleo que, por regla general, existe en el empleo público, y que es prácticamente absoluta en el caso de los funcionarios públicos, es otro factor clave que puede incidir en la aparición de conductas desviadas tendentes a lograr por métodos espurios el “abandono” del empleado<sup>173</sup>. En el ámbito público es posible que determinadas conductas de acoso se prolonguen durante años “ya que, en principio, las personas están protegidas y no pueden ser despedidas a menos que cometan una falta muy grave”<sup>174</sup>.

Para la respuesta de nuestro ordenamiento frente a estos comportamientos, el principal obstáculo es la inexistencia de una tipificación específica del acoso moral como la que ya hay prevista para el acoso sexual en el art. 8.13 LISOS<sup>175</sup>. La posibilidad de sancionar el acoso moral se podría reconducir, bien a los ilícitos laborales recogidos en el art. 8.11 o en el 8.12 LISOS, bien al ilícito preventivo recogido en el art. 12.16 LISOS<sup>176</sup>. En esta misma línea, se ha observado que la conducta de acoso moral “puede encontrar perfecto acomodo en diversas infracciones tipificadas por la LISOS”<sup>177</sup>, como la genérica del art. 8.11 LISOS de

---

<sup>172</sup> LUELMO MILLÁN, M.A.; “Acoso...op. Cit. pág. 32.

<sup>173</sup> La propia DGITSS argumenta en términos muy parecidos: “por ser en este un sector en el que existe una mayor fijeza laboral y seguridad en el puesto de trabajo, mayor presencia sindical y, por ende, mayores dificultades para extinguir la relación laboral o impulsar una movilidad no deseada por el afectado”.

<sup>174</sup> HIRIGOYEN, M.F.; *El acoso moral en el trabajo. Distinguir lo verdadero de lo falso*. Paidós, 2001, pág. 110.

<sup>175</sup> Introducido por la Ley 3/1989 de 3 de marzo, que también modificó el art. 63 LFCE para establecer el derecho de los funcionarios al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual. Vid. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.; “La Ley 3/1989. Una reforma promocional de la mujer con acentuados claroscuros”, *Relaciones Laborales I/1989*, págs. 1141 a 1166.

<sup>176</sup> MOLINA NAVARRETE, C.; “Una nueva patología de gestión en el empleo público. El acoso institucional”, ASCAMT.

<sup>177</sup> AGRA VIFORCOS, B.; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.; y TASCÓN LÓPEZ, R.;

conformidad con la cual, constituyen infracción muy grave “los actos del empresario que fueran contrarios al respeto a la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores”, pero, además, las secuelas vinculadas al acoso se pueden producir como consecuencia del incumplimiento del empresario de su obligación de garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores, adoptando las medidas necesarias para ofrecerles una protección eficaz contra los posibles riesgos inherentes al desarrollo productivo<sup>178</sup>.

Como se ha señalado<sup>179</sup>, el acoso moral en el trabajo presenta una triple dimensión. Es, en primer lugar, un comportamiento contrario a la dignidad de trabajador, también puede llegar a ser un comportamiento constitutivo de discriminación y en tercer lugar, puede decirse que el acoso es, además, un riesgo y en tanto que tal, ahora desde una óptica preventiva, es deber de la empresa prevenirlo y reprimirlo cuando aparece<sup>180</sup>. Todo ello evidencia que existen en nuestro ordenamiento instrumentos, perspectivas y vías de respuesta frente al acoso moral, tanto desde una perspectiva laboral, como desde la específica dimensión preventiva. Con todo, la ausencia de tipificación expresa de estas conductas introduce ciertos elementos de inseguridad y, precisamente, son estas incertidumbres las que sumadas al resto de condicionamientos propios más arriba aludidos, están provocando en el ámbito público una relativa falta de protección frente a comportamientos constitutivos de acoso.

Los criterios técnicos sobre la normativa aplicable sobre acoso psicológico o moral (CT 34/2003) elaborados por la Dirección General de la Inspección de

---

“Reflexiones al hilo de la jurisprudencia sobre el hostigamiento psicológico en el trabajo (mobbing)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 115, 2003, págs. 132 a 138.

<sup>178</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.; y TASCÓN LÓPEZ, R.; “Responsabilidad empresarial por los daños causados a una trabajadora a la que se discriminaba por razón de sexo. (Comentario a la STS (1ª) de 10 de abril de 1999)”, *La Ley*, nº 5148, 2000, pág. 3.

<sup>179</sup> La “triple ánima del mobbing” destaca FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mª F.; en: “El acoso moral en el trabajo ¿una nueva forma de discriminación?”, *Revista de Derecho Social* nº 19, 2002, pág. 69.

<sup>180</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mª F.; op. cit. pág. 72.

Trabajo y Seguridad Social son un perfecto exponente de lo antedicho. Las instrucciones o directrices que se contienen en ellos funcionan como principios interpretativos para la actuación de la inspección de trabajo en esta materia. Su aparición en escena ha reavivado el debate acerca de las vías de protección frente a determinadas conductas constitutivas de acoso en el ámbito de las administraciones públicas y no ha recibido una acogida favorable por la doctrina<sup>181</sup>.

El concepto de acoso moral que la DGITSS utiliza, parte de la psicología para otorgar un determinado tratamiento jurídico en función de la normativa existente<sup>182</sup>. El acoso moral es “un proceso de violencia psicológica, cuya finalidad es la autoexclusión o el abandono del puesto de trabajo por parte de quien lo padece, tras haber sido arrinconado o inutilizado a través de métodos más o menos sutiles y mediante un proceso lento de desgaste psicológico caracterizado por su continuidad en el tiempo, todo lo cual constituyen siempre violaciones de la normativa de relaciones laborales”. Así pues, según el CT 34/2003, el acoso moral supone una trasgresión de los derechos laborales básicos del trabajador. Por ello, las infracciones cometidas son, dentro de la regulación de las relaciones laborales, aquéllas que se consideran muy graves. Pero como las relaciones de función pública se encuentran excluidas de las relaciones laborales, los incumplimientos de la Administración con respecto a los funcionarios a su servicio no serán competencia de la Inspección de Trabajo.

En el citado criterio técnico sobre “mobbing”, se sostiene que las conductas que integran el acoso moral no están expresamente tipificadas entre las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales. En consecuencia sólo se admitirán por la

---

<sup>181</sup> BLANCO BAREA, M<sup>a</sup> J.; “Crítica al criterio técnico sobre “mobbing” (Acoso psicológico o moral), CT 34/2003, <http://www.bdntraining.com/web/noticias/repo82.asp> y MOLINA NAVARRETE, C.; “Del “silencio de la Ley a la Ley del silencio: ¿Quién teme a la lucha de la Inspección de Trabajo contra el acoso moral en las administraciones públicas?” Estudios Financieros, Revista de Trabajo y Seguridad Social nº 424, 2003.

<sup>182</sup> BLANCO BAREA, M<sup>a</sup> J.; “Crítica al criterio técnico sobre “mobbing” (Acoso psicológico o moral), CT 34/2003. Dir. Internet [bdntraining.com](http://www.bdntraining.com), abril, 2003. pág. 1

IT las denuncias cuando se trate de trabajadores por cuenta ajena en el ámbito de la relación laboral ordinaria excluyéndose las relaciones funcionariales. Para estos casos, la vía señalada por la DGITSS para su tutela es la de la exigencia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas<sup>183</sup>.

Como se puede observar, el concepto interpretativo que se mantenga respecto al acoso moral resulta de especial trascendencia puesto que de él dependerá el colectivo sobre el que tendrá competencia la inspección. Así, en el caso de seguirse el criterio que lo concibe únicamente como una infracción de las relaciones laborales, los colectivos no sometidos al ET, como los funcionarios, no entrarían en el ámbito de actuación de la Inspección de Trabajo. En el CT 34/2003 se hace referencia a la existencia de dos criterios, cabe entender que el acoso moral en el trabajo constituye una infracción de carácter laboral debido al incumplimiento de los derechos y deberes básicos incluidos en el art. 4 ET, pero, existe otra interpretación de conformidad con la cual, el acoso moral es una infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales y ello debido a que, dentro del deber de evaluación de riesgos en las condiciones de trabajo, se incluye cualquier característica del puesto o de la organización del trabajo que pueda influir o provocar riesgos a los que esté expuesto el trabajador.

La instrucción de la DGITSS al señalar que no existe ningún lugar de la entera legalidad vigente en materia de prevención de riesgos laborales en la que quepa contemplar el acoso moral, entiende que la violencia psicológica en los ambientes de trabajo es un problema de incumplimiento de los derechos básicos del trabajador. Sólo en supuestos excepcionales se admitiría la existencia de “casos relevantes” en los que pudiera existir un peligro extremo, por su gravedad e inminencia, para la

---

<sup>183</sup> Los empleados públicos deben ejercer su derecho a la íntegra *restitutio* en el ámbito de la aplicación del art. 142 y 143 LRJAP-PAC. Vid. MOLTÓ GARCÍA, J.I.; *Prevención de riesgos laborales en las administraciones públicas. La imputación de responsabilidades*, Tecnos, 2003, pág. 182. Sobre las exigencias de responsabilidad cuando el acoso moral se produce dentro del ámbito de actuación de una Administración Pública, vid. RODRÍGUEZ LÓPEZ, P.; *El acoso moral en el trabajo. La responsabilidad en el acoso moral en el trabajo*; Dijusa, 2004, págs. 170 a

salud y la seguridad de los trabajadores, en los términos estrictos del art. 13.4 TRLISOS<sup>184</sup>. Estos supuestos, constitutivos de una infracción muy grave en materia de prevención de riesgos laborales sí permitirían la exigencia de responsabilidades a través de la imposición por resolución de la autoridad competente, de la realización de las medidas correctoras de los correspondientes incumplimientos, conforme al procedimiento que al efecto se establezca<sup>185</sup>.

A estos efectos, el RD 707/2002, de 19 de julio, contiene el reglamento sobre el procedimiento administrativo especial de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y para la imposición de medidas correctoras de incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales en el ámbito de la Administración General del Estado. El procedimiento establecido en el mencionado reglamento, en cuyos elementos más destacables se detendrán las páginas que siguen, es también una muestra de la insuficiente protección que se dispensa en el empleo público frente a comportamientos de abuso o de hostigamiento<sup>186</sup>. Todo ello hace precisa la regulación de las vías de respuesta del ordenamiento frente al acoso moral en el trabajo que si bien en el empleo privado puede ser interpretado con elasticidad suficiente, en el sector público se ve necesitado de mayores precisiones que eviten que, una vez más, las peculiaridades del empleo público se conviertan en

---

195.

<sup>184</sup> Art. 13.4 TRLISOS, La adscripción de los trabajadores a puestos de trabajo cuyas condiciones fuesen incompatibles con sus características personales conocidas o que se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo, así como la dedicación de aquéllos a la realización de tareas sin tomar en consideración sus capacidades profesionales en materia de seguridad y salud en el trabajo, cuando de ello se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores.

<sup>185</sup> Art. 45 LPRL, precepto parcialmente derogado, excepto los párrafos, tercero y cuarto de su apartado 1, por la DD Única, 2 c) LISOS. Vid. TUDELA CAMBRONERO, G.; y VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.; *Ley de Prevención de Riesgos Laborales y normativa de desarrollo. Comentarios, jurisprudencia, concordancias, doctrina*, Colex, 2002, págs.508 a 525.

<sup>186</sup> Vid. STSJ Navarra de 30 de abril de 2001 (AS. 1878). En este pronunciamiento se destaca como un problema añadido del caso en concreto que el conserje era funcionario local y las limpiadoras trabajadoras de una empresa de limpiezas con la que ha contratado este servicio el colegio y el problema es que no existe colaboración en materia de prevención entre la Administración y la empresa.

impunidades.

### **3.3. La Administración Pública como ámbito específico de aplicación de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales.**

Con idéntico sentido al hasta ahora utilizado, se aborda la materia relativa a la prevención de los riesgos laborales en el ámbito público tomando como premisa de partida la consideración de las peculiaridades que presenta la organización pública en cuanto empleadora<sup>187</sup>. No se trata de examinar el papel que a la Administración le corresponde desarrollar como poder público y en consecuencia, como responsable de la aplicación, del impulso y de la salvaguarda de los intereses generales en materia de salud laboral y la lucha contra la siniestralidad<sup>188</sup>. En este punto, se trata de atender a la organización pública en tanto que ella es también y al propio tiempo empleadora. Las administraciones públicas reciben la prestación de los servicios de un importante volumen de empleados de los que puede decirse que trabajan bajo su dependencia. Y en este sentido, es conocido lo que la dependencia implica desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales para cualquier empleador. Del mismo modo, pues, puede concluirse cuando el empleador es una Administración Pública<sup>189</sup>.

---

<sup>187</sup> Al margen de otros factores, la naturaleza pública del ente que recibe los servicios, con independencia de quien los presta, ya sea funcionario o trabajador, es la que crea “un espacio propio en el que habrá diferencias en materia de prevención respecto a los trabajadores del sector privado”; GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en la Función Pública” en: AA.VV., (J. GARCÍA MURCIA, Coord.), *La regulación del trabajo en las Administraciones Públicas*, Gobierno del Principado de Asturias, 2003, págs. 33 a 59. pág. 46.

<sup>188</sup> Vid. art. 7 LPRL que, efectivamente contempla las actuaciones de las administraciones públicas competentes en materia laboral y que incluye funciones de promoción de la prevención, asesoramiento técnico, vigilancia y control del cumplimiento. Vid. también el trabajo de, CUEVAS LÓPEZ, J.; “Actuación de las Administraciones Públicas en la prevención de riesgos laborales”, en AAVV, (A. OJEDA, M.R. ALARCÓN y M.J. RODRÍGUEZ RAMOS, Coords.): *La prevención de riesgos laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995*, Aranzadi, 1996, págs. 373 a 404.

<sup>189</sup> Como cualquier empresario, la actuación de la administración, en tanto que empleadora, se ha de regir por el principio de evitación de riesgos, lo que le obliga a la evaluación de los que no pueden evitarse, a combatirlos en su origen, a la planificación de la prevención y a la adopción de medidas de protección, entre otras tareas. En este sentido, vid. DE LA VILLA GIL, L.E.; “Las

No obstante, con independencia del análisis de la concreta opción legal por la inclusión de estos sujetos dentro del ámbito de aplicación, es preciso efectuar algunas puntualizaciones o matizaciones importantes puesto que éstas condicionan fuertemente el ulterior desarrollo de toda la normativa sobre prevención de riesgos, como vamos a ver. Estas observaciones preliminares pueden agruparse en torno a tres puntos importantes ya suficientemente tratados en este trabajo, como son, en primer lugar, la necesidad existente de delimitar y clasificar al menos a grandes rasgos, lo que se entiende por Administración Pública. En segundo lugar, la existencia de una diversidad de regímenes jurídicos reguladores de las prestaciones de servicios en este ámbito. Esto es, la dualidad característica de nuestro sistema de empleo público entre funcionarios y trabajadores que va a impregnar a la totalidad de las instituciones dotando a la materia de una complejidad o cuando menos, de un rasgo característico muy importante. Por último, cabe hacer determinados planteamientos generales acerca de la evolución del empleo público hoy en día pues indudablemente se encuentra influido por corrientes, tendencias y necesidades que condicionan o marcan su funcionamiento, lo cual tiene repercusiones serias en lo que a la prevención de riesgos se refiere.

No hay sólo una Administración Pública, por más que desde un punto de vista doctrinal y metodológicamente irreproachable<sup>190</sup>, se pueda decir que la personalidad jurídica del Estado es única, esa Administración Pública a la cual la CE atribuye la tarea de servir con objetividad a los intereses generales y actuar de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la ley y al derecho, se organiza para su actuación en

---

Administraciones Públicas han de cumplir las obligaciones de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, *Labor*, Revista del Colegio Oficial de Graduados Sociales de Almería, nº 4, enero 2001, págs. 4 a 6; donde afirma que no hay que aceptar excepciones ni privilegios para las Administraciones Públicas en lo que respecta al conjunto de las obligaciones preventivas que tienen que poner en práctica, si bien, cuestión distinta será el procedimiento mediante el cual sea exigible la responsabilidad.

<sup>190</sup> GALLEGO ANABITARTE, A.; *Constitución y personalidad jurídica del Estado*, Tecnos, 1992.



diversas unidades territoriales. Hay una Administración General del Estado, pero junto a ella, en relación de coordinación, suplementación y desarrollo, se encuentran las Administraciones Autonómicas. Por otra parte, está el nivel o el ámbito local cuya Administración desarrolla un papel importante; todo ello sin contar con otras administraciones, encuadradas dentro de la administración institucional en la que se encuentran los órganos constitucionales, los organismos públicos.

De modo que se debe hablar mejor de administraciones públicas en plural y ello, como se verá, tiene una especial trascendencia también en la materia de la regulación de los riesgos laborales en este ámbito. Las presentes líneas reflexionan a partir del ámbito propio de la Administración General del Estado, en concreto desde la normativa de desarrollo que para la aplicación en este ámbito se ha dictado y otras adaptaciones importantes. Pero, se debe tener en cuenta que otras adaptaciones importantes o remisiones que efectúa la normativa de general aplicación van referidas a las administraciones autonómicas que tiene su propio papel atribuido en el marco de sus competencia y que siendo determinadas materias de contenido básico ello no obsta para el reconocimiento de una labor de desarrollo, aplicación...etc.

En segundo lugar, ya se ha hecho referencia suficiente a la coexistencia de categorías jurídicas distintas en la prestación de servicios para las administraciones públicas. En las dependencias administrativas hay funcionarios públicos que se encuentran sometidos a un estatuto jurídico marcado por las normas de función pública. Pero, habiendo en las administraciones públicas también personal laboral, que presta sus servicios junto con los funcionarios y encuentra su régimen jurídico regulado por la normativa propia del derecho del trabajo, básicamente, por el ET, se constata una realidad que no está exenta de problemas, y de crítica, y que impregna de complejidad este ámbito público, como también vamos a ver.

En tercer lugar, se ha hecho referencia a un conjunto de influencias, tendencias

actuales que están marcando el desenvolvimiento diario de las administraciones públicas. Y es que en la realidad organizativa de toda Administración, en su funcionamiento, se advierte un creciente proceso de semejanza con los esquemas privados de gestión. Por hacer una afirmación genérica, al margen de toda matización que ulteriormente pudiera introducirse, nada diferencia hoy en día a las administraciones públicas empleadoras, de una organización privada en lo referente a los recursos de organización del personal. El recurso a los contratos privados, con todo lo que ello implica, a mecanismos crecientes de descentralización productiva, a la utilización de empresas de trabajo temporal, a los mecanismos de contratación y subcontratación incluso de la propia actividad.... Todo ello, sin contar con que la fuerte presencia de las organizaciones públicas, de la Administración Pública en ámbitos importantes de la vida social de los ciudadanos, requiere un esfuerzo de medios materiales y humanos que ha llevado, hace ya mucho, a un proceso de contractualización de los empleados públicos y al simultáneo reconocimiento de la existencia de una confrontación de intereses en el empleo público. Todos los factores mencionados, entre otros muchos, se encuentran presentes en el escenario de la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales en la Administración Pública y lógicamente, todo ello imprime su particular huella sobre ella y justifica el tratamiento separado de la cuestión.

La Ley de Prevención de Riesgos Laborales se incardina en este contexto y lo hace siguiendo la línea ya emprendida por normativas anteriores. En este sentido, no es una novedad que el art. 3 LPRL extienda un tratamiento unificado para todos los colectivos, tanto en el ámbito de las relaciones laborales como en el de las relaciones de carácter estatutario, aunque también se prodigan las excepciones. Con todo, es claro como se constata, una vez más, la tendencia a la unificación de regímenes, al menos por la vía de los hechos, ya que la dualidad de la que estamos hablando no se cuestiona y será precisamente la mencionada dualidad de regímenes del empleo público la que esté en el origen de la mayor parte de las especialidades que se observan. Pero, como decimos, la LPRL no es una novedad en lo tocante al

tratamiento unificado de los dos colectivos más importantes que prestan sus servicios para la Administración Pública, antes lo hizo ya la LOLS en la regulación del derecho de Libertad Sindical y en cuanto al contenido regulador, por más que formalmente se utilicen instrumentos reguladores diferenciados, se aprecia una homogénea regulación en prácticamente todas las vertientes de la prestación de servicios, jornada, permisos, tal y como acabamos de ver<sup>191</sup>.

Otro aspecto previo al análisis de la regulación positiva en la materia, es el complejo sistema de representación del personal resultante del entrecruzamiento de normativas distintas para cada colectivo. Ello representa el máximo exponente del grado de afectación que las diferencias de regímenes tienen en cuanto a la aplicación de la normativa específica de los riesgos laborales.

### **3.4. La adaptación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales a la Administración General del Estado.**

Se ha destacado de la LPRL su universalidad, si bien no puede dejarse de tener en cuenta que excluye las actividades de policía, seguridad y resguardo aduanero y los servicios operativos de protección civil y peritaje forense en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública (art. 3.2 LPRL). Al propio tiempo, queda establecido que la ley inspirará la normativa específica que se dicte para regular la protección de la seguridad y salud de los trabajadores que desarrollen estas actividades. Por otro lado, en los establecimientos militares se aplicará esta normativa sujeta a particularidades reguladas en una normativa específica y otro tanto, puesto que se deriva a una regulación especial, puede decirse de los

---

<sup>191</sup> Así lo destacaba, VALDÉS DAL RÉ, F., “Los derechos de participación en materia de prevención de riesgos laborales y su adaptación reglamentaria en la Administración General del Estado”, *Relaciones Laborales* nº 14, 1999, pág.1; La LPRL “siguiendo el rastro de otros precedentes normativos, LOLS, por ejemplo” el ámbito de imputación normativa que tiene la Ley no coincide con el que tiene como propio el ordenamiento laboral. Añadiendo, asimismo, la consideración de que no ha procedido a establecer una equiparación absoluta en el tratamiento de la prevención de riesgos laborales en los ámbito laboral y administrativo.

establecimientos penitenciarios<sup>192</sup>.

La LPRL también es una Ley de mínimos, susceptible de una regulación en desarrollo y además se trata de una ley administrativa en tanto que se aplica en las administraciones públicas, con determinados preceptos declarados por la propia DA 3ª 2 como básicos. Ello significa que esta norma aplicada al personal administrativo, no constituye legislación laboral sino normativa básica del régimen estatutario de los funcionarios públicos (ex art. 149.1.18 CE y no proveniente del art. 149.1.7 CE) lo que permite una mayor capacidad reguladora a las CCAA<sup>193</sup>.

Como es sabido el empleo público es un sistema complejo de empleo que tiene unos altos costes de gobernabilidad<sup>194</sup>. Pero, sea como fuere, es este el ámbito en el que se sitúa la LPRL al incorporar a su ámbito a los funcionarios públicos cuya prestación de servicios no se articula a través de un contrato de trabajo. Sin embargo, se debe decirse que no se ha llevado a cabo una equiparación absoluta en el tratamiento de la prevención de riesgos entre el personal administrativo y el laboral, en la Ley se perciben elementos de unidad o de convergencia, pero también existe una remisión frecuente a las peculiaridades que, bien son contempladas por la propia ley o bien aparecen ya contenidas en la normativa de desarrollo<sup>195</sup>.

---

<sup>192</sup> LÓPEZ RUBIA, E.; "El Real Decreto 1932/1998. ¿Adaptación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales al ámbito de los centros y establecimientos militares?", *Aranzadi Social*, vol. V, 1999, págs. 465 a 476. Puede verse también, SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.; "La adaptación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales al ámbito de los establecimientos militares y el RD 1932/1998, de 11 de septiembre", *Aranzadi Social*, vol. V, 1999, págs. 439 a 464.

<sup>193</sup> TUDELA CAMBRONERO, G. y VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.; *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y normativa de desarrollo*, Disposición Adicional Tercera, págs. 613 a 617, COLEX, 2002. Pueden verse también las precisiones que acerca de la dimensión autonómica sobre salud laboral realiza GONZÁLEZ ORTEGA, S., "La aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en la Función Pública" en: AA.VV., (J. GARCÍA MURCIA, Coord.), *La regulación del trabajo en las administraciones públicas*, Gobierno del Principado de Asturias, 2003, pág. 57.

<sup>194</sup> VALDÉS DAL RÉ, F., op. cit. págs. 1 a 11.

<sup>195</sup> Un estudio de síntesis sobre las peculiaridades de este concreto ámbito de aplicación puede verse en el trabajo de: CARDENAL CARRO, M.; "La prevención de riesgos laborales en la Administración General del Estado", *Aranzadi Social*, Vol. V, 1998, págs. 115 a 125.

Uno de los aspectos de mayor importancia es el concerniente a los derechos de participación. El art. 34.3 LPRL establece que estos derechos se ejercerán en el ámbito de las administraciones públicas con las adaptaciones que procedan, teniendo en cuenta las diversas actividades desarrolladas y a las diferentes condiciones en que se desarrollan éstas, la complejidad y dispersión de su estructura organizativa y las peculiaridades en materia de representación colectiva.

Además de este primer párrafo, de carácter básico, se añade otro en el que se especifican una serie de criterios generales que deben ser tenidos en cuenta por el Gobierno para la adaptación de la normativa de prevención en el ámbito de la Administración General del Estado. Se trata de cuatro criterios. El primero, salvaguarda las competencias, facultades y garantías de los delegados de prevención y del comité de seguridad y salud. El segundo, se refiere al ámbito de ejercicio de la función de participación en materia preventiva que con carácter general puede ser el mismo que el de los órganos de representación, pero se puede establecer otro distinto en función de las necesidades. Asimismo, se garantizará la actuación coordinada de todos los órganos de participación y de representación del personal, lo cual es especialmente relevante en este contexto donde, como vemos, existe una clara pluralidad de ellos. Por último, el cuarto criterio esta referido al comité de seguridad y salud<sup>196</sup>.

Casi con carácter inmediato a la entrada en vigor de la Ley, la Secretaría de Estado para la Administración Pública dictó la Instrucción de 26 de febrero de 1996 (BOE 8 mar.) con el propósito de lograr la adecuación del contenido de la LPRL a la realidad orgánica y funcional de la Administración del Estado. Sin embargo, a

---

<sup>196</sup> Con carácter general, se establecerá un único Comité de Seguridad y Salud en el ámbito de los órganos de representación previstos en la Ley de Órganos de Representación del Personal al Servicio de la Administración Pública, que estará integrado por los delegados de prevención en dicho ámbito, tanto para el personal con relación de carácter administrativo o estatutario como para el personal laboral, y por representantes de la Administración no superior al de delegados. Excepcionalmente, podrán constituirse comités de seguridad y salud en otros ámbitos cuando las razones de la actividad y el tipo y la frecuencia de riesgos así lo aconsejen.

esta iniciativa normativa se le opusieron de inmediato serios reparos no sólo de índole formal sino también en lo que respecta a su contenido regulador<sup>197</sup>. Finalmente, tal como se establecía en la LPRL, se dictó por el Gobierno, el RD 1488/1998 de 10 de julio (BOE 17), de adaptación de la legislación de riesgos laborales a la Administración General del Estado. Junto a él, o tal vez sea más apropiado decir, simultáneamente, se concluyó el Acuerdo Administración-Sindicatos de adaptación de la legislación de prevención de riesgos laborales a la Administración General del Estado, ratificado por el Consejo de Ministros de 10 de julio de 1998, coincidente en la práctica totalidad de contenidos en lo que parece ser una recíproca influencia, como si el Gobierno hubiera tomado como suyos los términos del Acuerdo al que por otra parte han llegado Administración y Sindicatos. En su momento se hará hincapié en una determinada especificidad del Acuerdo, por ahora basta señalar que en ambos instrumentos, Reglamento y Acuerdo, se considera necesaria la adaptación de la LPRL a la Administración General del Estado, fundamentalmente en lo que respecta a los arts. 31.1, 34.3 y 35.4 LPRL y DA 4ª RSP. En consecuencia, establecen una regulación específica: para el ejercicio de los derechos de participación y representación, en cuanto a la organización de los recursos necesarios para el desarrollo de las actividades preventivas, en la definición de los niveles de cualificación del personal y en el establecimiento de instrumentos de control sustitutivos de las auditorias.

Cabe destacar, finalmente, que dicha normativa procede a la adaptación de la legislación en materia de prevención partiendo de la necesidad de integrar la prevención en el conjunto de actividades y decisiones como una actividad más, potenciando los recursos propios y adecuando su contenido a las peculiaridades

---

<sup>197</sup> Entre los estudios realizados sobre la Instrucción pueden verse: VALDÉS DAL RÉ, F., "Los derechos de participación en materia de prevención de riesgos laborales y su adaptación reglamentaria en la Administración General del Estado", *Relaciones Laborales* nº 14, 1999, págs 1 a 11, y MERCADER UGUINA, J., "Ley de Prevención de Riesgos Laborales y Administraciones Públicas", *Relaciones Laborales* nº 11, 1996, págs. 1137 a 1146. También acerca de la Instrucción de 26 de febrero, puede verse el trabajo de: PEDROSA ALQUÉZAR, S.; "La aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos laborales a las Administraciones Públicas", *Tribuna Social* nº 90, 1998, pág. 13 a 24.

organizativas y de participación del personal a su servicio. En este mismo sentido, las actuaciones de las administraciones deben ser coherentes en particular con su organización y realizarse en la medida de lo posible, con medios propios y no mediante el recurso a medios ajenos.

### **3.5. Participación y Representación en materia de prevención de riesgos laborales en el empleo público.**

La defensa de los intereses de los trabajadores en materia de prevención de riesgos en el trabajo corresponde a las juntas de personal, comités de empresa, delegados de personal y representantes sindicales. Sin embargo, la participación en este campo se desarrollará a través de los delegados de prevención y los comités de seguridad y salud<sup>198</sup>. Además, cabe la posibilidad de acordar la creación de un órgano específico de participación de las organizaciones sindicales representativas en las administraciones públicas (art. 3.4 RD 1488/98). De hecho, el Acuerdo Administración-Sindicatos crea la *Comisión Paritaria de Salud Laboral* (Cap. IX) como órgano específico de participación de las organizaciones sindicales más representativas en el ámbito de aplicación del Acuerdo<sup>199</sup>.

---

<sup>198</sup> Para un estudio en extenso sobre el ejercicio del derecho de participación en esta materia puede verse: GÓMEZ CABALLERO, P.; *La participación de los trabajadores y de los funcionarios en la prevención de riesgos laborales*, CARL, 2003.

<sup>199</sup> Estará compuesta por los representantes designados por la Administración y los designados por las organizaciones sindicales presentes en la mesa general en proporción a su representatividad. Tendrá que elaborar su propio reglamento de funcionamiento. La comisión paritaria tendrá las siguientes funciones: Seguimiento y control del Acuerdo, recepción de información y coordinación de las actuaciones de las comisiones sectoriales de salud laboral, coordinación de la elaboración de los mapas de riesgos y enfermedades profesionales en los ámbitos sectoriales así como la elaboración de los planes y programas de prevención, participación en la aplicación eficaz y práctica de las medidas de protección, de acuerdo con la legislación de prevención de riesgos, conocimiento y emisión de informes en la constitución de los comités de seguridad y salud, en la constitución de un servicio de prevención propio para más de una provincia y en los acuerdos y pactos que se lleven a cabo en la materia. Por último, las organizaciones sindicales presentes en el Acuerdo, se reservan a través de las posibles actuaciones de la citada Comisión la facultad de desarrollar todo tipo de iniciativas que conduzcan a una mejor protección de la salud en el trabajo en el ámbito de la función pública. Para el desarrollo de estas tareas, la comisión paritaria debe reunirse, al menos, trimestralmente.

### 3.5.1 Los Delegados de Prevención en las Administraciones Públicas.

Los delegados de prevención son los representantes de los empleados con funciones específicas en materia de prevención de riesgos en el trabajo. Colaboran con la Administración en la mejora de la acción preventiva. Promueven y fomentan la cooperación de los empleados públicos en la ejecución de las normas de seguridad y salud. Son consultados previamente a la planificación y organización de las actividades de prevención. Vigilan el cumplimiento de las normas. Los delegados de prevención son designados por los representantes de los empleados, entre ellos y en el ámbito de los órganos de representación con arreglo a una escala numérica (art. 35.1 LPRL)<sup>200</sup>.

El art. 4 RD1488/98 establece que los delegados de prevención en las administraciones públicas serán designados por los representantes del personal con presencia en los ámbitos de los órganos de representación del personal, tanto de los funcionarios públicos (de entre aquellos funcionarios miembros de la Junta de Personal correspondiente), como del personal laboral (de entre aquellos trabajadores miembros del Comité de Empresa o delegados de personal)<sup>201</sup>.

Se podrán, en este ámbito, establecer, en los términos señalados por la L. 7/90 otros sistemas de designación de los delegados de personal y acordar que las competencias que la ley les atribuye sean ejercidas por órganos específicos.

---

<sup>200</sup> Sobre la figura del delegado de prevención, vid., ÁLVAREZ-MONTERO, A.; *El delegado de prevención. Estudio crítico de su régimen jurídico*, Comares, 2001.

<sup>201</sup> El número total de delegados de prevención que se pueden designar, será el resultado de la suma de los que pueden designar (siguiendo la escala del art. 35 LPRL) entre los miembros del Comité de Empresa y los que se pueden designar o elegir entre los miembros de la Junta de Personal. Así que si habiendo de 50 a 100 empleados se pueden designar 2 delegados de prevención, en la administración, se designarán dos entre los miembros de la Junta de Personal y otros dos entre los del comité de empresa, la suma total será pues de cuatro delegados de prevención. Téngase en cuenta que la escala numérica del art. 35 se debe aplicar y computar en cada uno de los ámbitos de representación, el funcional y el laboral respectivamente. La designación se llevará a cabo de acuerdo con los criterios que en cada órgano unitario se determine, se tratará de garantizar la presencia de delegados de prevención de las organizaciones sindicales con representación en dichos órganos.



Igualmente, puede acordarse otro sistema en convenio colectivo siempre que se garantice que la facultad de designación les corresponde a los representantes del personal o a los propios trabajadores. Así, en el Acuerdo Administración-Sindicatos de 1998, queda establecida la regla adicional que dispone que en los colectivos de funcionarios o de laborales que carezcan de los efectivos suficientes para designar representantes del personal, la designación del delegado de prevención se realice por y entre los propios funcionarios públicos o laborales. Asimismo, cuando el número de representantes en los órganos de representación sea insuficiente para nombrar delegados de prevención, se podrán designar otros empleados públicos.

Los delegados de prevención, que sean representantes del personal, cuentan en el ejercicio de sus funciones con las garantías inherentes a su condición representativa. Para el ejercicio de sus funciones, el tiempo utilizado para el ejercicio de las mismas, se considera como de ejercicio de funciones de representación a efectos del crédito de horas mensuales retribuidas. En todo caso, se considera tiempo de trabajo efectivo, sin imputación al crédito horario, el dedicado a la asistencia a las reuniones del comité de seguridad y salud o a otras reuniones convocadas por la Administración. También el tiempo dedicado en las visitas previstas en el art. 36.2 a) y c) LPRL (acompañar a los técnicos... y realizar visitas a los lugares de trabajo..). En el supuesto de que los delegados de prevención no formen parte de los órganos de representación, la ley les extiende las garantías de los arts. 36 y 37 y el tiempo necesario para la realización de sus funciones.

Para la realización de todos sus cometidos como delegados de prevención, se dispone tanto en el RD (art. 4.4 y 4), como en el Acuerdo, que los órganos competentes deben proporcionar los medios necesarios y una formación en materia de prevención que facilita la propia Administración por sus medios o mediante en concierto con organismos, entidades especializadas en la materia...etc. En cualquier caso, el tiempo dedicado a la formación se considera como tiempo de trabajo efectivo a todos los efectos (art. 4.6).

### 3.5.2 *El Comité de Seguridad y Salud en las Administraciones Públicas.*

El comité de seguridad y salud es el órgano paritario y colegiado de participación destinado a la consulta regular y periódica de las actuaciones de la Administración General del Estado, y de los OOPP vinculados a ella, en materia de prevención de riesgos laborales. Se constituye pues, como un órgano regular de consulta y de participación equilibrada en el que los empleados al servicio de las administraciones públicas van a poder debatir sobre todos los asuntos relacionados con la prevención de riesgos laborales. Sus decisiones no tienen porqué ser vinculantes para la organización en si misma<sup>202</sup>.

La regla general, es que se constituirá un comité de seguridad y salud en cada provincia dependiendo de la subdelegación del gobierno, salvo en los casos de CCAA uniprovinciales en que dependerá de la delegación del gobierno, y estará formado por los delegados de prevención y por representantes de la administración en un número no superior al de los delegados. Ahora bien, si esa organización no resulta operativa, se pueden crear comités específicos para uno o varios de estos organismos siempre que cuenten con más de 50 empleados<sup>203</sup>.

El Comité se dotará de sus propias normas de funcionamiento. Sus reuniones

---

<sup>202</sup> El comité está integrado por la totalidad de los delegados de prevención del personal funcionario y del laboral existente en el ámbito correspondiente. Se pretende la constitución de un único comité para todos los empleados públicos con independencia de la naturaleza de su vínculo con la administración empleadora.

<sup>203</sup> Cuando lo aconsejen, por ejemplo, la dispersión o la complejidad de la estructura organizativa o el tipo de actividad, se puede constituir un comité de seguridad y salud en los departamentos ministeriales cuando cuenten con más de 50 empleados en la provincia. En las provincias o ciudades en que existan edificios de servicios múltiples puede constituirse un único comité de seguridad y salud en cada uno de estos centros con independencia de la existencia del comité provincial. Los departamentos ministeriales y organismos públicos que cuenten con varios centros de trabajo dotados de comité de seguridad y salud, pueden acordar con su personal la creación de un comité intercentros con las funciones que les atribuya el acuerdo. Claro que la normativa no es nada clara al referirse al personal, porque no especifica quienes negocian en representación de ese personal, ni qué instrumento contendrá lo acordado, ni muchos otros extremos que quedan oscuros en cuanto al fondo y en cuanto a la forma.

serán, en principio, trimestrales y siempre que lo solicite alguna de las representaciones. En él pueden participar con voz pero sin voto: los delegados sindicales, los asesores sindicales, en su caso, los responsables técnicos en materia de prevención en el ámbito correspondiente, el personal que cuente con una especial cualificación o información respecto a cuestiones concretas que se vayan a tratar, los técnicos de prevención ajenos siempre que lo solicite alguna de las representaciones.

Con ello queda claro que es posible la presencia en los comités de asesores ligados profesionalmente con la administración o incluso de carácter externo para resolver dudas o problemas que no puedan resolverse con medios propios. Una cuestión que cabe plantearse es el procedimiento que debe observarse para la asistencia de estos terceros ajenos o no a la administración empleadora, parece que la solicitud se interpreta sólo para los asesores externos y se debe entender que se trata de una comunicación de su asistencia sin que se precise el visto bueno del resto. Ahora bien, siempre serán de gran ayuda los propios reglamentos de funcionamiento con que se pueden dotar estos órganos a través de la negociación colectiva, incluso.

### **3.6. La organización y la gestión de la prevención de riesgos en las administraciones públicas.**

#### *3.6.1 Los Servicios de Prevención en las Administraciones Públicas.*

En la materia debe tenerse en cuenta, primero, el art. 31 LPRL que dispone que para el establecimiento de los servicios de prevención en las administraciones públicas se tendrá en cuenta su estructura y la existencia de ámbitos descentralizados y sectoriales. A esta norma debe sumársele lo dispuesto en el RSP DA 4ª, así como el art. 6 del RD 1488/1998.

Los órganos competentes deben determinar la modalidad de organización de los recursos necesarios para el desarrollo de las actividades preventivas que sean más

ajustadas a sus características. Se debe potenciar la utilización de los recursos propios existentes en la Administración General del Estado. Es necesaria la consulta previa a los representantes del personal y habrá que adoptar la modalidad en función de la estructura organizativa y territorial de sus órganos, así como en función del tipo de riesgos existentes en el sector y su incidencia sobre los empleados públicos.

Destaca la idea de externalizar lo menos posible la organización de la actividad preventiva. Por ello, la administración de que se trate debe poner a disposición de la prevención todos aquellos recursos propios que puedan ser destinados a este tipo de actividades.

Por su parte, los servicios médicos preexistentes en determinados departamentos ministeriales deben colaborar con los servicios de prevención además de realizar las tareas encomendadas con anterioridad. Para ello se hace necesario proporcionarles una formación suficiente y adecuada<sup>204</sup>.

La Administración puede optar por una de las modalidades siguientes de gestión preventiva: Constituyendo un servicio de prevención propio<sup>205</sup>, designando a uno o a varios empleados públicos para llevarla a cabo<sup>206</sup>, recurriendo a servicios de

---

<sup>204</sup> Vid. VALLE MUÑOZ, F.A., "La organización y gestión de la prevención de riesgos en las Administraciones Públicas", *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 99, 2000, págs. 57 a 81.

<sup>205</sup> Se debe crear un sistema de prevención propio, con posibilidad de asunción parcial de la actividad preventiva por un servicio de prevención ajeno, cuando ocurra alguno de los siguientes supuestos: Con carácter obligatorio: En departamentos ministeriales y organismos públicos que cuenten en una provincia con centros de trabajo de más de 500 empleados públicos, o entre 250 y 500 empleados y realicen alguna de las tareas incluidas en el Anexo I RSP (radiaciones ionizantes, agentes químicos, cancerígenos, biológicos, explosivos, trabajos bajo el agua...). Se puede constituir para más de una provincia cuando cuenten en el conjunto de ellas con más de 500 empleados o tengan entre 250 y 500 empleados y desarrollen alguna actividad de las citadas en el Anexo. Previo informe de las organizaciones sindicales más representativas (Comisión Paritaria). Con carácter voluntario: Cuando así se considere necesario en los departamentos ministeriales... en función de la peligrosidad de la actividad desarrollada o de la frecuencia y gravedad de la siniestralidad o del volumen de efectivos de los centros de trabajo. En este caso, el servicio de prevención ha de contar con dos especialidades o disciplinas preventivas (ergonomía, medicina del trabajo, psicología, higiene industrial) desarrolladas por expertos con la capacitación requerida para las funciones a desempeñar.

<sup>206</sup> En aquellos casos en los que no se den las circunstancias anteriores, han de designarse uno

prevención ajenos<sup>207</sup> o bien a través de la constitución de Servicios de prevención mancomunados<sup>208</sup>.

### 3.6.2 *Funciones o niveles de cualificación y coordinación de actividades empresariales.*

Del personal que lleve a cabo las tareas de prevención han de ajustarse a lo dispuesto por en el RSP adecuándose y clasificándose en los siguientes grupos. Básico, Intermedio y Superior, estas últimas correspondientes a las especialidades y disciplinas preventivas de medicina de trabajo, seguridad en el trabajo, higiene industrial y ergonomía y psicología aplicada.

Habrá que realizar en los departamentos y organismos las actuaciones

---

o varios empleados para ocuparse de la actividad preventiva. Podrían complementar al servicio de prevención en un ámbito determinado previa consulta con la representación del personal. Con carácter necesario, la actividad preventiva debe ser realizada total o parcialmente por uno o varios empleados públicos que se pueden designar incluso cuando existan servicios de prevención propios o ajenos como complemento a sus funciones específicas.

<sup>207</sup> Se puede recurrir a uno o a varios servicios de prevención ajenos cuando las peculiaridades de la organización lo requieran y estén de acuerdo los representantes del personal. Estos servicios han de colaborar entre sí cuando sea necesario, debiendo cumplir con lo establecido respecto a los requisitos, recursos y funciones. El concierto de la actividad preventiva ha de realizarse previo informe de las organizaciones sindicales representativas en ese ámbito. La norma no concreta en qué casos y bajo qué circunstancias es posible concertar la actividad preventiva con uno o varios servicios de prevención ajenos (acreditados por la autoridad laboral competente). Pero debe quedar claro que ello es posible complementando la labor de los servicios de prevención propios o la de los trabajadores designados requiriéndose en todo caso el acuerdo, que no el mero informe, como en los casos anteriores de los representantes de personal. Las MATEPSS sólo pueden actuar como servicios de prevención ajenos respecto a aquellos entes administrativos vinculados como empresas asociadas ( art. 32 LPRL) y sólo con aquellos trabajadores afectos a los mismos; dada la coexistencia en la mayor parte de los casos de trabajadores por cuenta ajena al servicio de la Administración y funcionarios en igual situación de dependencia, la MATEPSS sólo puede ejercer como servicio de prevención ajeno con respecto a los trabajadores por cuenta ajena pero nunca respecto a los segundos por no existir vinculación con ellos y existir diferente régimen jurídico (Consulta DGTr, 2-4-00).

<sup>208</sup> Por cuestiones de operatividad y eficacia se plantea la posibilidad de que en el ámbito de la Administración pública se puede constituir otro tipo de organizaciones preventivas diferentes de las examinadas, de tal manera que se prevé la posibilidad de la constitución de servicios de prevención mancomunados entre aquellos departamentos ministeriales y organismos públicos. Que desarrollen simultáneamente actividades en un mismo edificio o en un área geográfica limitada y que consideren más rentable compartir recursos a fin de conseguir una estructura preventiva propia.

necesarias para adaptar las estructuras y el personal disponible a las funciones y niveles de cualificación del personal que lleve a cabo estas tareas. Las Organizaciones Sindicales han de participar en la elaboración y ejecución de los proyectos.

Independientemente de la organización preventiva por la que se opte, es importante señalar que, cuando en un mismo edificio desarrollen actividades trabajadores de otra u otras administraciones o empresas o autónomos, se deben adoptar los instrumentos necesarios para que tales Administraciones o empresarios reciban la información y las instrucciones adecuadas en relación con los riesgos existentes en ese centro y las medidas de protección correspondientes y de emergencia a utilizar.

Una vez establecidos los medios de organización de la actividad preventiva, se deben articular unos determinados instrumentos de gestión de dicha actividad de un modo similar a como aparece contemplado en la LPRL y en el RSP para el resto de las empresas. Cuando no se haya concertado la actividad preventiva con entidades especializadas ajenas, los departamentos ministeriales y sus organismos públicos de ellos dependientes, deberán someter su sistema de prevención a una evaluación o al control de una auditoria externa.

Así deberá ser al menos una vez finalizado el proceso de evaluación de riesgos, luego, no hay un plazo concreto para la repetición de las auditorias por lo que debe quedar al arbitrio de las propias circunstancias y también según se determine en la negociación colectiva. No obstante se deben destacar determinadas especialidades. Por una parte, el informe de auditoría puede incluir una serie de propuestas o recomendaciones encaminadas a la realización de todas las actuaciones oportunas para implantar el sistema de prevención que resulte más eficaz. Por otra, se debe tener en cuenta que el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, tiene un importante papel atribuido en esa tarea de control y cuenta con la

colaboración de la inspección general de servicios de la Administración Pública. No se olvide que el INSHT tiene como misión el análisis y el estudio de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo así como la promoción y el apoyo a la mejora de las mismas.

### **3.7. La “levedad” de las responsabilidades de la Administración por los incumplimientos de la normativa de prevención.**

El artículo 45 LPRL que ha sido afectado por la aprobación de la LISOS, permanece, sin embargo vigente en lo que se refiere a la responsabilidad administrativa de las administraciones públicas. Debe decirse que las infracciones de la empleadora pública en esta materia con respecto a sus empleados no se podrán sancionar con sanciones económicas, sino mediante la imposición de medidas correctoras de los incumplimientos detectados.

En este sentido, en concreto acerca del control del cumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad y salud por parte de las administraciones públicas<sup>209</sup> en relación con sus empleados, está previsto un procedimiento administrativo especial de actuación de la Inspección de Trabajo para la imposición de medidas correctoras de los incumplimientos en esta materia de la prevención de riesgos laborales. Dicho procedimiento se regula mediante un RD 707/2002, de 19 de julio, que aprueba el Reglamento de actuación de la Inspección en estos supuestos.

Se trata de un procedimiento que se inicia por la Inspección de Trabajo y se expresará mediante el requerimiento en su caso para la adopción de medidas dirigidas a la corrección de los incumplimientos detectados y que, en caso de discrepancia con la unidad administrativa afectada podría llegar a culminar en el

---

<sup>209</sup> Para ver en extenso un estudio sobre la materia: MOLTÓ GARCÍA, J.I.; *Prevención de riesgos laborales en las administraciones públicas. La imputación de responsabilidades*, Tecnos, 2003

propio Consejo de Ministros<sup>210</sup>. De entre el entero procedimiento administrativo que la norma reglamentaria establece, debe destacarse lo relativo a la obligación de preaviso de las actuaciones inspectoras en centros o dependencias de la Administración Pública que aparecía incluida en el art. 4 del reglamento. Dicha obligación de comunicación previa, actualmente ha desaparecido a través de la modificación operada por el RD 464/2003, de 25 de abril, que ha dado una nueva redacción al artículo 4 del Reglamento sobre el Procedimiento Administrativo Especial de Actuación de la Inspección de Trabajo<sup>211</sup>.

El examen del procedimiento, muestra la excesiva previsión en detalles procedimentales que, más allá de lo justificados que se puedan encontrar debido a la organización y al régimen de funcionamiento de las administraciones públicas, suponen un complejo y burocrático proceso que puede llegar a neutralizar cualquier iniciativa de corrección o de mejora de la dimensión preventiva en el empleo público. Una vez más, la necesidad de adaptación de un cuerpo normativo a las peculiaridades administrativas genera la existencia de una suerte de zona franca en la que la vigilancia y el control del cumplimiento de según que normas, en este caso de las preventivas, se ve claramente flexibilizado<sup>212</sup>.

---

<sup>210</sup> Esta circunstancia es descrita como “una singularidad muy relevante” que supone en la práctica que no se pueda hablar de responsabilidad de la Administración en su condición de empleadora en materia de prevención de riesgos, siendo ésta sustituida por un requerimiento de corrección “con pocos visos de ser acatado salvo si esa es la voluntad y las posibilidades, del sujeto público incumplidor”, vid. GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en la Función Pública” en: AA.VV., (J. GARCÍA MURCIA, Coord.), *La regulación del trabajo en las administraciones públicas*, Gobierno del Principado de Asturias, 2003, pág. 54. Acerca de las peculiaridades evidentes en esta materia nos remitimos, una vez más, a las consideraciones de DE LA VILLA GIL, L.E.; “Las administraciones públicas han de cumplir las obligaciones de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales” recogidas en la Revista del Colegio Oficial de Graduados Sociales de Almería, *Labor* nº 4, 2001.

<sup>211</sup> Recogiendo la doctrina jurisprudencial derivada de la STS (3ª) de 10 de febrero de 2003 (RJ.2262), que anuló la obligación de preaviso contenida en el art. 3.2 del RD 138/2000 por el que se aprueba el Reglamento de la actuación inspectora.

<sup>212</sup> En este sentido, vid. las observaciones de GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en la Función...op. cit. pág. 57.



#### 4. APERTURA Y RENOVACIÓN DE LOS SISTEMAS RETRIBUTIVOS EN EL EMPLEO PÚBLICO: LA VALORACIÓN DE LOS RESULTADOS.

##### 4.1. Peculiaridades del sistema retributivo de los empleados públicos.

Parafraseando a NIETO, la Administración Pública no puede ser eficaz si no cuenta con unos empleados aceptablemente bien retribuidos<sup>213</sup>. No se trata de sobredimensionar dentro de las relaciones de empleo público este aspecto en comparación con otros igualmente importantes para el buen funcionamiento de la organización administrativa, pero se debe reconocer que los aspectos retributivos constituyen un factor clave en toda política de personal, hasta el punto de que pueden llegar a condicionar sus resultados<sup>214</sup>. Ahora bien, entendamos la expresión retribuciones en su sentido más amplio, expresiva, no sólo de los aspectos puramente económicos o monetarios, sino comprensiva también de las recompensas o ventajas que los empleados públicos obtienen como contrapartida por su prestación de servicios para la administración. Entre éstas, pueden contarse la estabilidad, las condiciones de trabajo relativas a la jornada, el horario o los permisos; puede ser, incluso, el propio ejercicio del poder público, el prestigio o la satisfacción que le reporte su trabajo al empleado. Estos elementos se pueden identificar igualmente en las prestaciones de servicios entre sujetos privados, pero resultan, sin embargo, más evidentes, o alcanzan mayor consistencia, por lo general, en el ámbito público.

Sea como fuere, no cabe duda de lo positivo que sería que existiera una política retributiva que, siendo fruto de una reflexión previa, tuviera una orientación concreta que se tradujese ulteriormente en un conjunto de medidas. Pero no puede decirse que ésta haya sido la norma a lo largo de la evolución histórica de nuestra

---

<sup>213</sup> NIETO, A.; *Estudios de Derecho y Ciencia de la Administración*, 2001, pág. 229, si bien, como decimos, este autor se refería en concreto a los funcionarios públicos que son aquellos sobre los que centró su mirada de estudioso en todo lo relativo a su estatuto.

<sup>214</sup> En este sentido puede verse, entre otros documentos, el *Estudio Delphi: La modernización de los procedimientos de actuación en la Administración Pública*, MAP, 1990.

Administración Pública. En este sentido, dentro de la doctrina administrativa hay acuerdo en que, más bien, lo que se han ido produciendo han sido ajustes o reformas puntuales muy ligadas a la coyuntura<sup>215</sup>. Sin embargo, hoy resulta urgente la consideración de este factor dado el importante papel que las retribuciones tienen asignado en la global consideración de la economía.

Si bien se puede distinguir entre “política retributiva” y “política salarial”, referidas, respectivamente, a la Administración Pública y al sector privado, resulta aconsejable entender que existe una única política retributiva, precisamente en atención a su importancia en el contexto de la economía nacional. En efecto, la necesidad de controlar la inflación justifica la existencia de una política económica que recomienda y persigue la moderación salarial para conseguir ese objetivo. Con idéntica finalidad, los poderes públicos han tratado de alcanzar dicha contención salarial, en el ámbito privado a través del establecimiento de directrices, declaraciones en esta línea...etc. y, en el ámbito público a través de la intervención directa, controlando el incremento salarial<sup>216</sup>. Pero, en cualquier caso se vislumbra la consideración global que se hace de los asuntos retributivos sin diferenciar el ámbito, público o privado, al que vayan referidos.

---

<sup>215</sup> En esta línea se pronunció, primero de todos, NIETO, A.; en su trabajo sobre las retribuciones de los funcionarios públicos en *Revista de Occidente* en 1967, del que son deudoras muchas de las reflexiones que en estas páginas se contienen. Recientemente, en el libro *Estudios de Derecho y Ciencia de la Administración*, 2001, se dedican unas páginas a varios trabajos suyos entre los que se encuentra el citado, y de nuevo hace referencia a este particular recordando lo que él mismo escribía: “a lo sumo, se han tenido en cuenta las circunstancias políticas del momento, pero nunca se ha examinado con el debido detenimiento el complejo económico general en el que inciden las retribuciones funcionariales. En tales condiciones de puro empirismo es claro que no puede hablarse de una auténtica política de retribuciones”; pág. 226. Pero, idéntica trascendencia han tenido las consideraciones posteriores de otros autores, como CASTILLO BLANCO, F., “¿Es precisa una reforma del sistema retributivo de los funcionarios públicos?”, *Revista Española de Administración Pública*, nº 112/2001, y luego, más en extenso, en su monografía *El sistema retributivo en la Función Pública Española*, Marcial Pons, 2002. No se puede tampoco dejar de mencionar las reflexiones de PALOMAR OLMEDA, A; en su *Derecho de la Función Pública. Régimen jurídico de los funcionarios*, Madrid, 6ª ed. 2001, ni tampoco a, SÁNCHEZ MORÓN, M.; que igualmente tiene unas interesantes líneas en su *Derecho de la Función Pública*.

<sup>216</sup> MERCADER UGUINA, J.; *Modernas tendencias de ordenación salarial*, 1996, pág. 28, que señala la dudosa utilidad de estas técnicas en el sector privado.

Con todo, es imposible dejar de lado la existencia de numerosos factores que determinan una clara diferencia entre ambos espacios a pesar de las interconexiones de hoy en día. En cierto modo, a ellas ya nos hemos referido en otros apartados de este trabajo, y sobre ellas vuelve la doctrina una y otra vez haciendo hincapié en los determinados rasgos y particularidades del ámbito público. Por ejemplo, la menor influencia de la oferta y la demanda en el empleo público, el necesario mantenimiento de un servicio con independencia de su carácter deficitario, las dificultades de medición de factores retributivos, como la productividad que no puede ser tomada en cuenta en un buen número de casos<sup>217</sup>, en fin, sin que sea necesario volver a incidir en la totalidad de estos condicionamientos, es claro que se hacen notar, y de qué forma, en esta materia relativa a la retribución en el empleo público<sup>218</sup>.

La posibilidad de fijar topes a los incrementos salariales para el personal al servicio de las administraciones públicas es la principal y la más llamativa de las peculiaridades que puedan detectarse en el régimen regulador del salario de estos empleados públicos. Esta realidad limitadora evidencia la necesaria sintonía entre todo el personal, funcionario o laboral, al servicio de la Administración, de cualquier Administración. Y ello es así, porque los topes a los incrementos salariales rigen por igual para todo tipo de empleados públicos. Por ejemplo, para el año 2004, la LPG/04 establece que las retribuciones no podrán experimentar un incremento global superior al 2% con respecto a las del año 2003, en términos de homogeneidad para los dos periodos de comparación, tanto por lo que respecta a efectivos de personal como a la antigüedad del mismo, con la novedad de la fijación

---

<sup>217</sup> NIETO, A.; op. cit. pág. 227.

<sup>218</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M.; *Derecho de la Función Pública*, Madrid, 2ª ed. 1997, pág. 203, señala a este respecto que “puede decirse que en las grandes líneas del régimen retributivo se condensan las claves del modelo de función pública vigente en cada momento y lugar.”. Por su parte, CASTILLO BLANCO, F.; *El sistema retributivo en la función pública española*, Madrid, 2002, pág. 47, señala que, “en efecto, las retribuciones en la función pública han de orientarse (...) a guardar el necesario equilibrio interno dentro de la estructura retributiva de cada organización sin desconocer tampoco el marco externo en que se desenvuelven nuestras Administraciones Públicas con relación al mercado y también respecto de otras administraciones públicas”.

del importe de las pagas extraordinarias y de la financiación de las aportaciones a planes de pensiones de empleo o contratos de seguro colectivo que incluyan la cobertura de la contingencia de jubilación, y sin perjuicio de lo que se establece para determinados colectivos<sup>219</sup>.

Dado que la relación del personal laboral al servicio de las administraciones públicas se rige por el Estatuto de los Trabajadores, como sabemos, y en general, por todo el sistema de fuentes del derecho del trabajo, el régimen salarial o retributivo de los trabajadores debería fijarse a través de la negociación colectiva o del contrato de trabajo individual siempre con sujeción a los mínimos previstos legalmente. Sin embargo, y una vez más, las peculiaridades que derivan de la condición pública del empleador determinan que en lo atinente a la relación laboral de estos trabajadores para con la empleadora pública, la ley asuma un mayor protagonismo en la regulación de las condiciones salariales en detrimento de la autonomía colectiva y de la individual.

Y si existe un ámbito en el que dicho detrimento se puede percibir con claridad este es el relativo a la ordenación salarial. Efectivamente, es en el aspecto salarial en el que las posibilidades de negociación para el personal laboral se encuentran sensiblemente limitadas. Puede decirse que es apreciable un desequilibrio entre las fuentes reguladoras de manera que frente a la autonomía colectiva como principal fuente reguladora de la materia, en el empleo público aparece la ley como fuente de establecimiento de limitaciones que principalmente derivan del establecimiento de topes a los incrementos salariales que pudieran establecerse por medio de negociación colectiva como es habitual.

La LPG/84 fue la primera que estableció este tipo de limitaciones ya en el periodo constitucional y lo hizo a través de la fijación expresa de un porcentaje

---

<sup>219</sup> Ley 61/2003, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2004, (BOE del 31), artículos 19 dos a seis, 21 a 34 y DDTT 4ª a 6ª.

determinado para el crecimiento global máximo de las retribuciones del personal al servicio de las administraciones. A partir de entonces, dicha limitación ha sido reproducida en las sucesivas leyes presupuestarias. Pues bien, para la regulación salarial de los empleados que prestan servicios para la Administración se pueden señalar ciertas notas características. Primeramente, la ley de presupuestos establece para cada año un tope máximo al incremento global que pueden experimentar las retribuciones del personal al servicio del sector público<sup>220</sup>. De modo que los acuerdos o pactos a los que se lleguen en estos ámbitos, así como los convenios colectivos concluidos en el mismo y que impliquen complementos retributivos superiores al establecido deben someterse a este límite pues en caso contrario, serán inaplicables. El límite al incremento retributivo es una norma de carácter básico por lo que las leyes de las CCAA y los presupuestos de las Corporaciones Locales deberán recoger estos criterios<sup>221</sup>.

Una segunda característica importante es que la propia ley de presupuestos establece el modo según el cual las limitaciones a los incrementos operan respecto a la masa salarial y para ello, establecen cuál es el crecimiento máximo que puede experimentar dicha masa salarial respecto del ejercicio anterior. La distribución y aplicación individual del límite máximo de la masa salarial se efectuará a través de la negociación colectiva previa emisión de un informe favorable conjunto de los Ministerios de Economía y Hacienda y de Administraciones Públicas<sup>222</sup>. Los

---

<sup>220</sup> A estos efectos, se entiende por sector público la Administración General del Estado y sus organismos autónomos, las administraciones de las comunidades autónomas, los organismos de ellas dependientes, las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social, los órganos constitucionales del Estado, el Banco de España, el ente público RTVE y sus sociedades estatales, las sociedades mercantiles públicas y las entidades públicas empresariales.

<sup>221</sup> Vid. el número abundante de sentencias que abordando esta cuestión declaran el necesario sometimiento de las administraciones territoriales a los topes establecidos en la LPGE. En este sentido, pueden verse, las SSTC 62/2001 y 24/2002 que declaran inconstitucionales las disposiciones de las leyes autonómicas de presupuestos que prevén para el personal funcionario y/o laboral de dicha Comunidad Autónoma un incremento salarial superior al autorizado por la Ley de Presupuestos del Estado.

<sup>222</sup> La masa salarial se corresponde con el conjunto de retribuciones salariales y extrasalariales, así como los gastos en acción social que tienen derecho a percibir los trabajadores al servicio de las administraciones públicas (vid, STS de 29 de may. 99, RJ. 3763). Debe tenerse en cuenta que,

incrementos de la masa salarial bruta se calculan en condiciones de homogeneidad respecto a los dos periodos de comparación, tanto en lo que respecta a efectivos reales de personal laboral como al régimen privativo de trabajo, jornada real o contractual, horas extraordinarias efectuadas y otras condiciones laborales. Se computan por separado las cantidades que correspondan a las variaciones por tales conceptos. Las indemnizaciones o suplidos, al margen de la masa salarial, no pueden aumentar por encima de las del personal funcionario, con ello trata de evitarse que se produzcan alteraciones retributivas a través de esta modalidad<sup>223</sup>.

Y en tercer lugar, otra cuestión relativa a la materia de los topes presupuestarios a los incrementos salariales, es la existencia de un procedimiento administrativo especial para la aprobación de incrementos salariales en el sector público estatal. En sus principales rasgos, dicho procedimiento cuenta como requisito previo para el comienzo de las negociaciones de convenios o acuerdos colectivos, con la preceptiva autorización previa de la masa salarial a la que ya se ha hecho referencia. Es con cargo a dicha masa salarial como deberán satisfacerse la totalidad de las retribuciones del personal laboral derivadas del correspondiente convenio. Esta autorización a la que me refiero se debe solicitar al Ministerio de Hacienda por los Departamentos Ministeriales, Organismos Autónomos, entidades públicas empresariales y demás entes públicos.

Aparte de esa primera autorización de la masa salarial, la modificación o determinación de la retribución del personal laboral, requiere un informe favorable conjunto de los Ministerios de Economía y Hacienda y Administraciones Públicas. A tal fin, los afectados deben remitir a los Ministerios el correspondiente proyecto,

---

de la masa salarial se exceptúan, exclusivamente: las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social, las cotizaciones de la Seguridad Social a cargo del empleador, las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos, y las indemnizaciones o suplidos por gastos que hubiera realizado el trabajador.

<sup>223</sup> Ello enlaza con las consideraciones que más adelante se harán sobre la misma tendencia a incrementar el montante real de las remuneraciones por parte de los funcionarios públicos, a través del incremento de sus retribuciones complementarias.

con carácter previo a su acuerdo o firma acompañado de la valoración de todos sus aspectos económicos. El informe, que en los supuestos de proyectos de Convenios colectivos será evacuado en el plazo máximo de quince días a contar desde la fecha de recepción del proyecto y de su valoración, versará sobre todos aquellos extremos de los que se deriven consecuencias directas o indirectas en materia de gasto público, tanto para el año correspondiente como para ejercicios futuros y, especialmente en los que se refiere a la determinación de la masa salarial correspondiente y al control de su crecimiento. Serán nulos de pleno derecho los acuerdos adoptados en esta materia con omisión del trámite de informe o en contra de un informe desfavorable, así como los pactos que impliquen crecimientos salariales para ejercicios sucesivos contrarios a lo que determinen las futuras leyes de presupuestos<sup>224</sup>.

---

<sup>224</sup> Acerca del debate que plantea la posibilidad de establecimiento de topes a los incrementos salariales para el personal al servicio de la Administración Pública, ya se ha hecho referencia en páginas anteriores de este trabajo. En concreto, es posible hacer una remisión a lo considerado en el Capítulo Primero de este trabajo a propósito de las peculiaridades o límites que se imponen a la negociación colectiva de los empleados públicos. Por lo tanto, en este punto sólo se hará un recordatorio de las dudas doctrinales que se han planteado en torno a la admisibilidad, o no, desde el punto de vista constitucional de la fijación límites al incremento salarial. Frente a la consideración por parte de un sector de la doctrina de que la restricción contenida en la ley 44/1983, sosteniendo esencialmente que la restricción contenida en dicha norma era de tal intensidad que desfiguraba, haciéndolo irreconocible, el derecho fundamental a la negociación colectiva; otro sector, por el contrario, defendió la constitucionalidad de los topes salariales entendiendo que los derechos fundamentales no son derechos absolutos y pueden ser sometidos a determinadas limitaciones legales entre las que se encuentra, sin duda alguna, la posibilidad constitucional de articular una política de rentas a través del presupuesto anual como instrumento para definir dicha política.

En todo caso, esta cuestión ha sido ya abordada y resuelta por el Tribunal Constitucional que ha señalado que la justificación de un régimen salarial y negocial distinto para los trabajadores de empresas privadas y los trabajadores de la Administración radica en los evidentes rasgos diferenciadores entre la Administración y una empresa privada, circunstancia que permite modular el derecho a la negociación colectiva típico de la empresa privada y someter a los trabajadores a una superior presión de los intereses públicos y de los servicios generales a los que sirve la política económica, (STC 96/1990, de 24 de mayo y 237/1992, de 15 de diciembre). También la doctrina del Tribunal Supremo ha admitido la posibilidad de que las normas presupuestarias limiten los incrementos salariales para el personal laboral de las administraciones públicas aunque ello implique una limitación a la negociación colectiva. No obstante, el Tribunal Supremo ha afirmado también que ese condicionamiento debe ser temporal y estar justificado en circunstancias que aconsejen una política de control salarial, (SSTS de 25 de marzo de 1998, RJ. 3013; de 20 de octubre de 1999, RJ. 9497; y de 18 de enero de 2000, RJ. 950).

## 4.2. Administración Pública y diferencias salariales

### 4.2.1 La mayor intensidad del principio de igualdad en el empleo público

Es sabido que la doctrina constitucional acepta en las relaciones laborales entre sujetos privados, las desigualdades salariales no discriminatorias<sup>225</sup>. El art. 14 CE no impone en este ámbito una igualdad de trato en sentido absoluto porque en él la plena vigencia de la autonomía de la voluntad permite que mediante el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario, se disponga sobre la retribución del trabajador dentro del respeto a los mínimos legales y convencionales<sup>226</sup>. Sin embargo, en el ámbito del empleo público, esto es, en las relaciones entre la Administración y el personal a su servicio, no rige el principio de autonomía de la voluntad, la Administración se encuentra esencialmente vinculada a la Ley y debe actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho con interdicción expresa de la arbitrariedad (art. 9.3 y 103.1 CE)<sup>227</sup>.

En consecuencia, en su actuación, los poderes públicos no sólo se encuentran sometidos al principio de igualdad<sup>228</sup>, sino que en este ámbito, el mismo principio de igualdad impide las desigualdades discriminatorias y también toda desigualdad que

---

<sup>225</sup> Así pues, en la medida en que la diferencia salarial no tenga un significado discriminatorio, por incidir en alguna de las causas prohibidas en la Constitución o en el Estatuto de los Trabajadores, no puede considerarse vulneradora del principio de igualdad, SSTC, 34/1984, de 9 de marzo; 177/1988 de 10 de octubre; 171/1989, de 19 de octubre y 28/1992, de 9 de marzo.

<sup>226</sup> Con todo, ésta es una cuestión de la que puede afirmarse que permanece abierta la polémica. En concreto, la situación ha vuelto a plantearse con motivo de las llamadas dobles escalas salariales recogidas en numerosos convenios colectivos que implican una diferenciación salarial fundada en la fecha de ingreso en la empresa, en el carácter temporal del vínculo contractual laboral o en el tiempo de permanencia en la misma; vid. GARCÍA PERROTE-ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.; “Apuntes jurisprudenciales sobre dobles escalas salariales. La STC 119/2002 como telón de fondo”, *Justicia Laboral*, nº 13, 2003, págs. 5 a 11. Vid. recientemente, STC 27/2004, de 4 marzo.

<sup>227</sup> STC 161/1991, de 18 de julio

<sup>228</sup> SSTC 161/1991 de 18 de julio, 2/1998, de 20 de enero. Comentando la STC 161/1991, véase, RODRÍGUEZ PIÑERO, M; “Principio de igualdad, autonomía contractual y poderes empresariales”, *Relaciones Laborales*, II/1991, págs. 28 a 33.



careciendo de una justificación objetiva y razonable, resulte arbitraria<sup>229</sup>. El personal que presta sus servicios para la Administración tiene derecho a un tratamiento salarial, no ya que no sea discriminatorio, sino que respetando el principio de igualdad, suponga el pago de salarios iguales por trabajos iguales<sup>230</sup>.

A pesar de ser más “intensa” la huella del principio de igualdad en el empleo público<sup>231</sup>, para que pueda apreciarse un trato desigual contrario al art. 14 CE, es preciso que no exista una justificación suficiente para el trato desigual de dos situaciones iguales. Ello no debe interpretarse como un apoderamiento absoluto a la Administración en sus potestades organizativas, quedando abierta, consecuentemente, la posible anulación de los actos que incidan en arbitrariedad<sup>232</sup>.

De forma que la proyección del principio de igualdad en el empleo público y en concreto sobre el aspecto retributivo, debe conectarse con la equidad, como ha

---

<sup>229</sup> En palabras de FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.Fª; “La igualdad y la discriminación en la jurisprudencia constitucional”, en AAVV (M. R. Alarcón, coord.), *Constitución y Derecho del Trabajo, 1981-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*. Madrid, 1992, pág. 218; “somete los actos del mayor empresario de nuestro país a un control de racionalidad y no arbitrariedad del que se encuentran libres los empresarios privados”.

<sup>230</sup> Si bien, como se recoge en la STS (3ª) de 28 de jun. 93 (RJ. 4749), “no basta con que las tareas asignadas a dos Cuerpos distintos sean reglamentariamente definidas en términos análogos o con referencia a las estructuras administrativas en que dichos funcionarios se inserten. Inclusive cabe tratar de forma distinta a funcionarios insertos en grupos de clasificación idénticos y con similares cometidos siempre que exista una causa razonable y objetiva”. Según la doctrina del Tribunal Constitucional, no cabe predicar igualdad en estructuras de creación legal, en general, se rechaza esa igualdad sobre la base de que aún siendo trabajos iguales, son distintas estructuras, vid. SSTC 7/1984, 68/1989, 3/1994.

<sup>231</sup> Vid. DE LA PUEBLA, A.; “Igualdad y discriminación en el ejercicio del poder disciplinario”, *Relaciones Laborales* nº 19/1994, pág. 13, que entiende, a contrario, que el hecho de que el Tribunal Constitucional emplee “como argumento definitivo para exigir la aplicación del principio de igualdad la naturaleza pública del empleador, excluye la posibilidad de extender esas conclusiones al ámbito de la relación laboral entre sujetos privados”.

<sup>232</sup> CASTILLO BLANCO, F.; op. cit. pág. 47. Vid. asimismo, la STS (3ª) de 14 de dic. 90 (RJ. 10163), citada por el mismo autor, en la que el Tribunal, haciendo expresa referencia a la potestad de la administración para establecer diferencias en los niveles de puesto de trabajo y la cuantía de algunos complementos como el específico, advierte que a pesar de ello, la Administración no goza “de un apoderamiento totalmente discrecional desligado de los conceptos legales” que señalan el marco en el que se de ha mover su actividad organizativa.

señalado CASTILLO BLANCO<sup>233</sup>. La equidad, en palabras del mismo autor, contiene una doble dimensión, interna y externa, de exigencia de la misma. Con respecto a la propia organización, será preciso el tratamiento equilibrado de la retribución en referencia siempre con el contenido concreto de la prestación de servicios del empleado pero también con el resto de las organizaciones públicas. Esta exigencia necesita para poder ser cumplida satisfactoriamente, y así se señala desde múltiples puntos de vista, de una adecuada valoración y clasificación de los puestos de trabajo utilizando para ello los instrumentos de gestión apropiados. Pero no debe descuidarse la dimensión externa sobre la que también se proyecta este principio, y es que resulta necesario efectuar una valoración de las retribuciones sin perder de vista el estado de la cuestión en el ámbito privado de manera que, sin perseguir una identidad, imposible por otra parte, sí facilite el objetivo de procurar una razonable satisfacción a las expectativas de promoción económica de los empleados públicos<sup>234</sup>.

#### *4.2.2 Diferencias retributivas entre trabajadores y funcionarios al servicio de la Administración.*

Entre las cuestiones que tradicionalmente se han venido planteando acerca de los aspectos retributivos en el empleo público, aquélla que se refiere a las diferencias de tratamiento entre trabajadores y funcionarios en lo atinente a dicho aspecto, merece una especial consideración. A este respecto, se puede entender, y así se viene defendiendo, que existe una causa justificativa suficiente para el tratamiento distinto de ambos colectivos en materia retributiva puesto que éste se produce entre sujetos sometidos a regulaciones jurídicas distintas que responden a la

---

<sup>233</sup> Op. Cit. pág. 47.

<sup>234</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M.; *Derecho de la Función Pública*, Madrid, 2ª ed. 1997, pág. 204. En palabras del propio autor, "el sistema retributivo moderno debe prestar atención (...) también a otros principios del ordenamiento jurídico, entre ellos los de igualdad y solidaridad. Pero sin olvidar que no se trata de un sistema de empleo aislado, sino que se desarrolla en un entorno social que marca pautas económicas y culturales. La falta de sintonía con el entorno, es decir, con la valoración de cada trabajo que en él se hace suele ser fuente de nuevas disfunciones y, en concreto, de descapitalización y fuga de cerebros."

distinta naturaleza del contrato.

Este es el aspecto clave de la cuestión que surge respecto al personal laboral y al funcionarial en los casos en que ambos, no obstante, realicen las mismas funciones: no se considera que exista ninguna vulneración del principio de igualdad al no ser relaciones comparables y no darse la premisa de identidad de supuestos sometidos a comparación<sup>235</sup>. Así pues, como no se trata de supuestos iguales, no se pueden comparar como desiguales cantidades retributivas y el propio reconocimiento de los servicios prestados anteriormente a la Administración, a efectos de antigüedad de los laborales, a diferencia de lo que ocurre con los funcionarios, tampoco podrá ser comparado pues el legislador puede establecer criterios distintos, tratando desigual a los que son desiguales por el cuerpo de procedencia.

El Tribunal Supremo ha examinado en varias ocasiones las diferencias de trato entre los dos tipos de personal, laboral y funcionario, pues han constituido un supuesto litigioso muy frecuente en la Jurisprudencia. También en la constitucional, de hecho, el Tribunal Constitucional abordó esta cuestión en sus SSTC 57/1982 y 90/1984, estableciendo la doctrina que ha seguido después el Tribunal Supremo cuando se ha enfrentado a cuestiones de similar naturaleza. Tratándose de dos colectivos diferentes en su régimen jurídico e incluso en su fundamento, se encuentra justificado el distinto tratamiento que reciben. Por lo demás, parece posible extender idéntico razonamiento a otros extremos en los que existen diferencias de regulación entre uno y otro colectivo.

Un breve repaso a la jurisprudencia reciente puede servir de ejemplificación de toda esta doctrina y de cómo, una vez más, los problemas derivados de la existencia de dos colectivos de personal, el funcionarial y el laboral, sometidos cada uno a un

---

<sup>235</sup> STC 57/1982 de 27 de julio, 14/1990 de 29 de enero, así como las SSTS de 23 de jul.93 (RJ.1871) y 18 de feb. 94 (RJ.1060).

régimen jurídico diferente en la regulación de sus prestaciones de servicios, aparecen como un elemento distorsionador. Existe una abundancia de sentencias del Tribunal Supremo que resuelven problemas relativos a la ordenación retributiva y los diferentes tratamientos que recibe uno y otro colectivo. A pesar de la variedad y disparidad de supuestos, todos son expresivos de las dificultades que trae consigo la existencia de esta dualidad en lo tocante al personal que presta servicios en las administraciones públicas y sus organismos.

El Tribunal Supremo ha reconocido que una retribución equivalente no necesariamente ha de ser una retribución igual<sup>236</sup>. En muchos de los supuestos que se plantean, existían Acuerdos resultado de una negociación efectuada con la exclusiva finalidad de trasladar lo pactado al contenido de unos futuros preceptos normativos, por lo que puede decirse que el contenido de esos Acuerdos constituiría una suerte de paso previo en una legislación prenegociada y no tendría más fuerza vinculante que la que tenga la normativa posterior a la que en el propio Acuerdo los negociadores se remiten<sup>237</sup>.

---

<sup>236</sup> Así, puede verse, por ejemplo, la STS de 12 de marzo de 2003, (RJ 3356), que tuvo su origen en una demanda formulada por varios empleados de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía. Se trata de empleados en régimen laboral con la condición de fijos, y reclaman el abono de una cantidad mensual y atrasos en concepto de sexenios basando su pretensión en un Pacto sobre Educación de Adultos en virtud del cual se acordó equiparar la retribución del personal laboral con el personal funcionario. Efectivamente, en las disposiciones aplicables se prevé una equiparación retributiva entre personal laboral y personal funcionario pero, una vez analizada por el Tribunal e interpretada toda la normativa rectora de la citada equiparación, se llega a la conclusión de que no se incluye, sin embargo, el complemento de dedicación que percibían los funcionarios por hallarse expresamente excluido de la normativa y acuerdos precitados.

<sup>237</sup> En este caso concreto de la STS de 12 de marzo de 2003, mencionada, por ejemplo, dichos Decretos no se dictaron nunca. Sin embargo, lo que sí hubo fue un Acuerdo de 26 de junio de 1991 ratificado por el Consejo de Gobierno donde se establecía una regulación concreta de los sexenios que los demandantes reclaman. Si del examen de toda la normativa, el Tribunal concluye que aquella equiparación retributiva entre personal funcionario y personal laboral se hizo con la exclusión expresa del complemento de dedicación que los funcionarios tenían reconocido y que después pasó a tener la denominación de “sexenios” en virtud del mencionado Acuerdo de 26 de junio, este cambio de nombre actualmente, argumenta el Tribunal, no llevará implícito que dicho concepto tenga que jugar en los términos de la comparación pues dicha comparación debía hacerse entre “el sueldo base, complemento de destino y complemento de categoría que percibía el personal laboral y el sueldo base, complemento de destino y complemento específico, minorado este último en la cuantía correspondiente al complemento de dedicación, que percibía el personal funcionario. Si el personal laboral, según lo establecido, no podía pretender que en la comparación

Es claro que el contenido de la jurisprudencia evidencia las muchas peculiaridades que revisten las relaciones entabladas entre los organismos públicos. Ello lleva a tener presente, una vez más, la dualidad de los colectivos de empleados, pues se trata, tanto de trabajadores sometidos a un contrato de trabajo, como de funcionarios públicos sujetos a una relación estatutaria. Con ello se explican también las diferencias que se presentan en materia de negociación colectiva en este ámbito. Así, en este caso, los funcionarios regularán algunos de los aspectos retributivos que les afectan<sup>238</sup> mediante un Acuerdo de los establecidos por la Ley 9/1987, y ya se conoce que según esta norma, los Acuerdos precisan para su validez la ratificación expresa del órgano de gobierno competente en la materia.

Pero la cuestión más relevante de las que se plantean es que no habiendo posteriores normas que recojan el contenido de lo acordado, las equiparaciones retributivas que se pacten carecerán de fuerza vinculante. Precisamente, es con fundamento en esta diferencia de regímenes y por ende, de normativa reguladora, por lo que se pueden encontrar, a su vez, diferentes contenidos en las relaciones de servicios de uno y otro personal con la organización pública. Este supuesto es paradigma de todos los posibles, porque la equiparación retributiva que se acuerde deberá establecerse a través de los instrumentos específicos para unos y otros y, además, puede ser que no actúe sobre elementos homogéneos, lo que dificultará aún más lograr el propósito referido.

A mayor abundamiento de lo antedicho, en la comentada doctrina judicial también se abordan otras cuestiones vinculadas al tratamiento retributivo de los empleados públicos<sup>239</sup>. El Tribunal se ha detenido en la precisión de las relaciones

---

prevista entrara el complemento de dedicación, tampoco ahora podrá pretender que se incorpore el sustituto de aquél.

<sup>238</sup> Por ejemplo, en el caso de la STS citada, el complemento de dedicación que luego pasó a ser denominado sexenio.

<sup>239</sup> STS de 9 de abril de 2003, (RJ. 4521). El supuesto concreto que se plantea con la sentencia

entre el principio de igualdad y el de no discriminación y con cita de la propia Jurisprudencia de la Sala en la materia<sup>240</sup>, ha recordado que no cabe identificar el principio constitucional de igualdad con la proscripción de la discriminación, aunque uno y otra tengan su sede en el artículo 14 de la Constitución<sup>241</sup>. De este modo, las condiciones retributivas diferentes en la empresa pueden ser un factor que no justifique un tratamiento diferente en la fijación de determinadas condiciones de trabajo, pero ello no tiene necesariamente por qué constituir un factor de discriminación en el sentido precisado.

No obstante, en ocasiones sí es necesario analizar si efectivamente se vulnera el principio de igualdad retributiva como consecuencia del diferente trato entre personal funcionario y laboral<sup>242</sup>, si tiene alguna justificación objetiva o no es razonable y en ese caso es necesario llevar a cabo una equiparación retributiva entre los dos colectivos de empleados. Para dar respuesta a esta cuestión, la doctrina establecida en las SSTS de 28 de enero y 3 de febrero de 2003 considera que el

---

parte de la existencia de un Acuerdo Marco sobre la mejora de condiciones profesionales del personal de una Entidad Pública Empresarial (Correos y Telégrafos) pactado con los sindicatos más representativos, y que tenía previsto en su apartado VIII dedicado a las retribuciones, que se incorporaría al sistema retributivo de la Entidad Pública una paga de resultados vinculada al cumplimiento de los objetivos de la misma y según unos criterios y unos parámetros que se acordarían en la Mesas de Retribuciones y Empleo. Pues bien, en virtud de este Acuerdo se estableció una paga de 15.000 pesetas anuales únicamente para el personal funcionario durante el año 1998 y para el personal laboral fijo, la misma percepción en 1999 y 2000. Una vez que los funcionarios de la mencionada entidad pública hubieron cobrado el complemento, el personal laboral presentó demanda reclamando también para ellos la percepción correspondiente al año 1998.

<sup>240</sup> SSTS de 17 de mayo de 2000 (RJ. 5513) y de 19 de marzo de 2001 (RJ. 3388).

<sup>241</sup> Y es que por una parte se encuentra el principio de igualdad ante la Ley y en la aplicación de la Ley por todos los poderes públicos, y por otra la prohibición de discriminación y la necesidad de eliminarla por cuanto representa una violación más cualificada de la igualdad en función del carácter particularmente rechazable del criterio de diferenciación utilizado. Así pues, no toda diferencia de trato irrazonable o injustificada tiene por qué ser una discriminación. Las discriminaciones consisten en utilizar un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción más amplia, porque para establecer la diferencia de trato se toman en cuenta condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación.

<sup>242</sup> Que un Acuerdo Marco efectuó en el año 1998.

diferente trato retributivo<sup>243</sup> tiene, a juicio del Tribunal, una justificación objetiva y razonable que deriva fundamentalmente de la distinta naturaleza del vínculo, de su distinto régimen jurídico y de la distinta posición que respecto a unos y otros tiene la Administración como empresario en relación con el personal laboral y como entidad revestida de “imperium” con el personal funcionario.

Sin embargo, se observa una creciente tendencia, como se sabe, a homogeneizar el tratamiento de ambos colectivos en lo tocante a las instituciones principales de sus respectivas prestaciones de servicios, si bien para ello, será preciso acudir a canales distintos para efectuar dicho tratamiento homogéneo. Así, para el personal laboral a través del convenio colectivo y para el funcionario a través de un pacto o un acuerdo<sup>244</sup>. En cualquier caso, es patente la distorsión y los costes que esta situación produce en la gestión de una plantilla que de hecho se encuentra atravesada por una abundancia de heterogeneidades en la regulación del régimen jurídico de su personal. La referida doctrina constitucional que ampara el tratamiento distinto con los fundamentos antevistos puede ser entendida cuando lo que se plantea es la propia existencia de diferencias de régimen jurídico regulador entre los colectivos. Pero, en el caso concreto del tratamiento retributivo se entiende difícilmente que pueda abonarse un salario diferente a dos personas que realizan un trabajo equivalente, sólo basándose en las diferencias de regímenes. En definitiva, ello sólo es una muestra más de la evidencia de los problemas que trae consigo el inabordable asunto de la dualidad de personal al servicio de una organización de naturaleza pública.

Por último, sólo quedaría hacer una referencia al tratamiento o a la consideración conjunta que en lo tocante a las retribuciones y otras materias además

---

<sup>243</sup> Que indudablemente supuso el que en el año 1998 únicamente el personal funcionario recibiese la paga de resultados y no el personal laboral que lo cobraría en el año 1999 y 2000.

<sup>244</sup> En el supuesto presente no queda establecido, a mi juicio, con la suficiente claridad el motivo por el que no se ha incluido al personal laboral entre los colectivos beneficiarios de la paga en el año 1998 aunque sí lo hicieran para los años sucesivos. Probablemente estuviera en vigor lo pactado en un convenio colectivo cuya vigencia alcanzara también al año 1998.

de ésta, como se sabe, se lleva a cabo en el Acuerdo Administración-Sindicatos para el periodo 2003-2004. Ello es indicativo de esta realidad que se anunciaba o se expresaba más arriba, la tendencia al tratamiento homogéneo a la equiparación en los aspectos sustantivos de cada una de las instituciones.

#### 4.2.3 *Las diferencias salariales/retributivas de los empleados temporales.*

El principio de igualdad del art. 14 de la Constitución, recogido en la ley laboral por el artículo 17 ET, aunque no imponga el establecimiento de salarios idénticos, sí que impide, como se ha visto, las diferencias basadas únicamente en la temporalidad del vínculo contractual laboral<sup>245</sup>. Es común la exclusión absoluta del derecho a la percepción de determinadas pagas al personal con contrato temporal<sup>246</sup>. Tratándose de una paga que se halle relacionada directamente con los resultados, el factor de la temporalidad podría alegarse como un elemento que dificulta la medición de los mismos dada la limitación temporal en la prestación de servicios. Pero si ello bien pudiera servir de fundamento en determinados supuestos en los que efectivamente el plazo de duración de la prestación es realmente corto, difícilmente puede admitirse sin provocar serias dudas de legalidad cuando, como ocurre en un buen número de casos, la temporalidad de los contratos es sólo la fórmula legal que ampara prestaciones de servicios continuadas. Incluso tratándose de verdaderos contratos temporales no se comprende cuál es la justificación de la exclusión de la participación y el disfrute de ciertos conceptos. Se puede decir que en determinados supuestos y pese a los argumentos de los Tribunales relativos al principio de

---

<sup>245</sup> De la doctrina constitucional, puede destacarse entre todas, la importante STC 136/1987 que resalta la importancia de la negociación colectiva para la defensa y el mantenimiento de la fuerza negociadora de ciertos trabajadores que carecen de ella como es el caso de aquéllos trabajadores temporales quiénes “por la precariedad de su empleo o por la modalidad de su contrato de trabajo, carecen de poder negociador por sí solos y, al mismo tiempo, se ven apartados contra su voluntad del ámbito de aplicación del convenio correspondiente con el resultado de que se les impongan unas condiciones de trabajo peyorativas”. Vid. sobre este tema; BAYLOS GRAU, A.; “Trabajo temporal y no discriminación”, en *Relaciones Laborales* nº 21/1987, págs. 38.

<sup>246</sup> Puede verse, por ejemplo y volviendo sobre lo ya referido el caso sobre el que se ocupa la STS de 9 de abril de 2003, (RJ. 4521).



igualdad y el de no discriminación, se pueden encontrar diferencias de trato no justificadas entre trabajadores fijos y temporales.

Las diferencias retributivas que se fundamenten exclusivamente en la temporalidad de los contratos han de considerarse contrarias al principio de igualdad. En consecuencia, es contrario al art. 14 CE excluir a los trabajadores eventuales del derecho a percibir el complemento de productividad variable o incremento a cuenta, cuando dicho complemento retributivo se reconoce a todo el personal<sup>247</sup>, o denegarles el derecho a la paga de resultados reconocida al personal laboral y funcionario<sup>248</sup> o no abonarles un complemento de productividad exclusivamente en razón de su condición de trabajadores temporales<sup>249</sup>.

Se vulnera el principio de igualdad cuando no existe una justificación objetiva y razonable de una diferencia retributiva introducida por la Administración<sup>250</sup>. Por ello, si los trabajadores desempeñan las mismas funciones que las propias de los puestos que ocupan con un contrato temporal porque tienen acumuladas tareas que justifican su contratación, no puede privárseles del derecho que la norma les reconoce a percibir las mismas retribuciones que los trabajadores fijos que desempeñan dichos puestos sin vulnerar el principio de igualdad de trato en materia retributiva<sup>251</sup>.

Dentro del más específico ámbito de la función pública, se encuentran también diferencias relativas al régimen retributivo dependiendo del Cuerpo de pertenencia,

---

<sup>247</sup> Por ejemplo, en un organismo público, vid. STS 19 de febrero 1997 (RJ. 6570).

<sup>248</sup> STSJ Andalucía de 11 de noviembre de 2001 (AS.4624), de 18 de diciembre 2001 (AS.620), de 19 de febrero de 2002 (AS.1234) y 19 de marzo de 2002 (AS.1710).

<sup>249</sup> STSJ Castilla y León de 4 de diciembre de 2001 (AS.124).

<sup>250</sup> Por ejemplo, si un organismo autónomo limita el abono del complemento específico al personal laboral fijo no funcionarizable y no lo extiende al personal funcionarizable y al temporal cuando, además, a sí lo dispone el convenio colectivo al manifestar que el personal contratado “tendrá las mismas obligaciones y derechos que el fijo siendo las retribuciones económicas y ayudas sociales en ambos casos las mismas dentro de igual categoría”.

<sup>251</sup> STS de 6 de julio de 2000 (RJ.6294).

o, en general, del colectivo en el que se encuentre integrado el funcionario<sup>252</sup>. En todo caso, a los efectos de este trabajo y por continuar con el paralelismo iniciado al abordar el tratamiento normativo de estas materias, lo que más interés tiene es el estudio de las diferencias retributivas que pudieran existir entre el personal funcionario de carrera y los funcionarios de empleo, fundamentalmente, los interinos.

En este sentido, lo primero que debe tenerse en cuenta es que, efectivamente, la condición de funcionario de carrera es un elemento relevante a estos efectos en la medida en que no ostentando dicha condición, no se aplicará el mismo régimen retributivo. De hecho, la normativa que se establecía por la antigua LFCE, algunos de cuyos artículos, como el 105 continúan siendo aplicables, establece que, por analogía, a los funcionarios de empleo interinos se les aplicará el régimen de los funcionarios de carrera “a excepción del derecho de permanencia en la función, a niveles de remuneración determinados o al régimen de clases pasivas”.

No obstante, se ha producido un acercamiento progresivo entre ambos tipos de funcionarios en lo tocante a las retribuciones. En este proceso ha tenido un importante papel el principio de igualdad retributiva recogido por la jurisprudencia pues es con fundamento en él como se han diluido las diferencias con la excepción de aquéllas que estén basadas exclusivamente en la permanencia, o la naturaleza jurídica del vínculo. Así, los funcionarios interinos tienen derecho al 100% de las retribuciones básicas, excluidos los trienios, así como de las complementarias, pero excluidos los complementos vinculados a la condición de funcionario de carrera<sup>253</sup>.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la posible afectación al

---

<sup>252</sup> Así, por ejemplo, las diferencias entre los funcionarios pertenecientes al cuerpo docente universitario, investigador, sanitario, son abundantes si bien es cierto que en éstas siempre es posible encontrar el margo general. Vid. SSTC, ya citadas, 7/1984 de 25 de enero, 68/1989 de 19 de abril y 3/1994. de 17 de enero.

<sup>253</sup> Incluidos también otros complementos extraordinarios como las gratificaciones por servicios extraordinarios o los complementos de productividad

principio de igualdad de la diferencia de tratamiento retributivo de los funcionarios interinos en el Auto 317/1996, de 29 de octubre en el que ha rechazado tal posibilidad. En su argumentación, el Tribunal vuelve a hacer referencia a su doctrina sobre la exigencia de un criterio o una fundamentación objetiva y razonable sobre la que se apoya la diferenciación entre estos dos colectivos. En este sentido, entiende que “no basta con que las tareas asignadas a dos categorías distintas de funcionarios sean idénticas o análogas para estimar discriminatoria la diferencia retributiva denunciada”. El Tribunal entiende que se pueden hacer valer otros criterios objetivos tales como la mayor preparación exigible para el acceso. Para el Tribunal se trata de dos categorías funcionariales configuradas como estructuras diferenciadas y definidas con características propias, con sistemas de acceso distintos y con una relación funcional o estatutaria de contenido diverso. Se trata pues, de criterios de diferenciación todos ellos objetivos y generales y que pueden ser legítimamente tenidos en cuenta por el legislador para el establecimiento de diferentes retribuciones<sup>254</sup>.

#### **4.3. La unificación del sistema retributivo del personal laboral de la Administración General del Estado en el Convenio Colectivo Único.**

Es notable la intensidad con la que el CCU regula los aspectos salariales de la relación del personal laboral con la Administración General del Estado. Puede decirse que esta materia es, junto con la relativa a la clasificación profesional ya vista, una de las que más atención ha recibido por la negociación colectiva y ello se explica por el interés en homogeneizar en lo posible determinados elementos, tales como la clasificación profesional o las retribuciones, que presentaban en el ámbito de aplicación del convenio una absoluta heterogeneidad en sus rasgos. En este sentido debe entenderse la expresión de la Disposición Transitoria 3ª CCU cuando establece como objetivo prioritario de las partes firmantes, proceder a la

---

<sup>254</sup> SSTC 29/1987, de 6 de marzo y 77/1990, de 26 de abril y AATC 139/1983, de 6 de abril y 74/1984, de 27 de junio.

“racionalización del sistema de complementos de puesto de trabajo, lo que implica, necesariamente, la racionalización de la estructura salarial”.

Pues bien, el Capítulo XIII del CCU, además de todas las disposiciones adicionales y alguna disposición transitoria, se dedica a ello. Como una suerte de principios generales ordenadores del salario, el CCU establece la consideración como tal de la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, ya los periodos de descanso computables como de trabajo. A partir de la presente definición se establece la estructura salarial que en este caso está compuesta por:

- Salario Base<sup>255</sup>,
- Pagas Extraordinarias<sup>256</sup>,
- Otras retribuciones de carácter personal:

---

<sup>255</sup> Es la parte de retribución del trabajador fijada por unidad de tiempo que se percibe en doce mensualidades y cuya cuantía aparece especificada para cada uno de los ocho grupos profesionales en el Anexo II. Por su parte la DA 1ª integra en el salario base del CCU todas aquellas cantidades que venían siendo percibidas por los trabajadores en concepto de plus convenio, dado que no puede percibirse en concepto de salario base una cantidad superior a la establecida en las tablas de salario base del convenio, si una vez practicada la integración en salario base de los complementos a los que se refiere la propia disposición adicional 1ª, resulta una cuantía superior, dicha diferencia se integraría en el complemento personal de unificación.

<sup>256</sup> Los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del CCU percibirán, según dispone el art. 74 de este último, dos gratificaciones extraordinarias que se devengarán en la cuantía de una mensualidad de salario base, antigüedad y, en su caso, complemento personal de antigüedad consolidada, abonándose en los meses de julio y diciembre. Al trabajador que haya ingresado o cesado en el transcurso del año se le abonará la gratificación extraordinaria proporcionalmente al tiempo de servicios prestados del semestre de que se trate, computándose la fracción de un mes como mes completo. En cuanto a los trabajadores que presten sus servicios en jornada inferior a la normal o por horas, el CCU dispone que tendrán derecho a percibir las citadas gratificaciones en proporción a la jornada que efectivamente realicen. Debe tenerse en cuenta que en el Acuerdo Administración-Sindicatos para el periodo 2003-04, para la modernización y mejora de la Administración Pública se han previsto una determinadas medidas de ordenación retributiva entre las cuales se encuentra la modificación de las pagas extraordinarias que afectará a las retribuciones del personal laboral en activo del CCU cuyas retribuciones experimentarán un incremento anual por aplicación de esas medidas según la categoría o grupo profesional que se ostente y de acuerdo con la escala que aparece incluida en la propia letra d) del Capítulo XIX.

- Antigüedad<sup>257</sup>,
- Complemento personal de antigüedad<sup>258</sup>,
- Complemento personal de unificación<sup>259</sup>,
- Complementos personales absorbibles<sup>260</sup>.
- Complementos Salariales:
  - Complementos de puesto de trabajo<sup>261</sup>,

<sup>257</sup> A partir del 1 de enero de 1999, el CCU dispone el reconocimiento de un complemento de antigüedad constituido por una cantidad fija de 3.579 ptas. mensuales que se devengarán a partir del día primero del mes en el que se cumplan tres años o múltiplos de tres años continuados en el servicio efectivo en el ámbito de aplicación del presente convenio. En cuanto a las cantidades percibidas por este concepto hasta el 31 de diciembre por cada trabajador, se dispone que éstas pasarán a integrar un complemento personal de antigüedad. A efectos del cómputo de los nuevos trienios a devengar, se considerará como fecha inicial la del reconocimiento del último vencimiento del complemento de antigüedad perfeccionado. A efectos de antigüedad, se tendrán en cuenta los servicios prestados como funcionario de carrera, funcionario interino, contratado laboral fijo, contratado interino, o contratado administrativo. Dicho reconocimiento de los servicios previos tendrá efectos también a partir del 1 de enero de 1999. Cuando en aplicación de todo lo dispuesto, proceda un nuevo cómputo de la antigüedad de un trabajador, los trienios correspondientes a los periodos completados antes del primero de enero de 1999 se abonarán con los valores económicos del convenio colectivo de origen en que estuviera encuadrado el trabajador a la fecha de entrada en vigor del presente Convenio. El importe de los trienios así calculado formará parte del complemento personal de antigüedad y se abonará desde el 1 de enero de 1999.

<sup>258</sup> Dicho complemento estará constituido por el importe que en concepto de antigüedad, tanto nueva como congelada, pudiera tener reconocido hasta el 31 de dic. e 1998 el personal acogido al ámbito de aplicación del CCU.

<sup>259</sup> Los trabajadores que vengan percibiendo por la suma de los conceptos que se integran en el salario base, por las pagas extraordinarias, salvo sus componentes de antigüedad, y como complemento personal no absorbible, una cuantía en términos anuales superior a la que corresponde en aplicación del presente convenio por la suma de los conceptos de salario base y pagas extraordinarias, salvo sus componentes de antigüedad, percibirán un complemento personal unificado por una cuantía igual a la diferencia entre los resultados de ambas sumas, de acuerdo con la fórmula que aparece reflejada en apartado 5 del artículo 75 del CCU. La cuantía anual resultante se percibirá en doce mensualidades del mismo importe. Este complemento será absorbible con los incrementos salariales que se pudieran producir por encima de los previstos con carácter general para todos los empleados públicos en los presupuestos generales del Estado y los derivados de los cambios voluntarios de puesto de trabajo cuando impliquen ascenso de grupo profesional.

<sup>260</sup> Cuando un trabajador viniera percibiendo en su Convenio Colectivo de origen un complemento personal transitorio, operará la compensación y absorción previstos en el Estatuto de los Trabajadores sobre el exceso de las retribuciones, de acuerdo con el orden y las reglas previstas en el propio convenio.

<sup>261</sup> Son aquellos que deben percibir los trabajadores cuando las características de su puesto de trabajo comporten concepción distinta de la considerada con carácter general para determinar el salario base de los grupos profesionales, según las definiciones de los mismos en el presente convenio. Se trata de complemento de índole funcional y su percepción depende exclusivamente del ejercicio de la actividad profesional en el puesto asignado, o de la permanencia de las circunstancias indicadas, por lo que no tendrán carácter consolidable. Como tales se prevén los

- Complementos por calidad o cantidad de trabajo<sup>262</sup>,
- Complemento de residencia<sup>263</sup>.
- Percepciones no salariales, como indemnizaciones y suplidos<sup>264</sup>.
- Retribución en especie<sup>265</sup>.

El salario base, las pagas extraordinarias, la antigüedad, el complemento personal de antigüedad, el complemento personal de unificación y el valor de las horas extraordinarias se actualizarán anualmente y con efectos 1 de enero, en el porcentaje de incremento general de retribuciones que se fije para todos los empleados públicos de la Administración General del Estado

Como se observa de la exposición que antecede, el CCU regula esta materia con

---

complementos singulares de puesto y los complementos por el desempeño del trabajo en horario o jornada distinta de la habitual (así están previstos los siguientes: Complemento o plus de trabajo nocturno o nocturnidad, complemento de turnicidad, complemento de disponibilidad horaria, complemento de jornada partida, complemento de obra, otros complementos relacionados con la realización de un horario en domingos o festivos, siempre que estas situaciones no estén recogidas o contempladas en los complementos de los apartados anteriores.

<sup>262</sup> Son todos aquellos que se perciben en función de la realización circunstancial de una mayor jornada de trabajo, del rendimiento, del desempeño de los puestos de trabajo y de la consecución de determinados objetivos o resultados. Podrán adoptar alguna de las siguientes modalidades generales: horas extraordinarias, productividad o incentivos de producción.

<sup>263</sup> El personal laboral del presente convenio percibirá un complemento de residencia cuando esté destinado en Canarias, Ceuta o Melilla, en los porcentajes del salario base siguientes: Ceuta y Melilla: 25%, Gran Canaria y Tenerife: 10%, otras islas del Archipiélago Canario: 25%. A efectos de su cálculo, no se considerarán las pagas extraordinarias, la antigüedad, el complemento personal de antigüedad, ni cualquier otra retribución de carácter personal, ni los complementos salariales. Los trabajadores residentes en dichas ciudades o Islas que, en aplicación de anteriores convenios, tengan establecidas condiciones más favorables que las dispuestas por el CCU, percibirán el complemento de residencia que vinieran devengando con el incremento que establezca, en su caso, la LPGE. Para los trabajadores del resto de España que vinieran percibiendo complementos de residencia se mantendrá dicho complemento en sus actuales cuantías, como complemento personal no absorbible, en tanto se mantenga la residencia que causó su devengo.

<sup>264</sup> Se entienden por tales el quebranto de moneda, las percepciones por desgaste de útiles o herramientas o para la adquisición de prendas de trabajo, los pluses de distancia y de transportes urbanos, los gastos de locomoción y las dietas de viaje. Estos últimos se encuentran regulados en el RD 236/1988, de 4 de marzo, sobre indemnizaciones por razón del servicio, en lo que respecta a las causas, condiciones y cuantías de sus devengos, así como a los regímenes de justificación de las mismas, de acuerdo con una tabla que aparece en el art. 78 CCU.

<sup>265</sup> En lo relativo a las retribuciones en especie, el CCU se remite a lo establecido en la

la pretensión de unificar una variedad de convenios vigentes dentro del ámbito de la Administración General del Estado. Pretende, al propio tiempo, lograr la uniformidad de los conceptos salariales, por medio de la supresión de todos ellos a excepción de los que expresamente están reconocidos. Este nuevo y unificado<sup>266</sup> régimen retributivo con unidad de conceptos tiene dos excepciones. Una para los trabajadores cuyos convenios de origen establecían mayores retribuciones y, en estos supuestos, como hemos visto, el CCU tiene previsto un complemento personal de unificación y un complemento personal absorbible<sup>267</sup>. En segundo lugar, el CCU crea nuevos complementos singulares de puestos para determinadas categorías de trabajadores<sup>268</sup>.

Así pues, vigente el CCU, los pluses provenientes de otros convenios ahora son suprimidos, precisamente en atención a la finalidad de unificación que está presente en todo su articulado. Por ello, antiguos pluses de peligrosidad desaparecen ahora de la estructura salarial, que se pacta como única, exclusiva y excluyente<sup>269</sup>. Además, la nueva norma opta por la prevención de los riesgos dentro del ámbito normativo de la seguridad y salud en el trabajo antes que por la compensación económica de los mismos y en todo caso, es este el sentido de la norma cuando establece un complemento personal unificado, precisamente para evitar los desfases retributivos, de modo que si ha obtenido una sentencia favorable a la recepción de alguno de estos complementos o pluses de peligrosidad, penosidad, toxicidad...etcétera, el importe del mismo se integrará en el salario base o en el complemento personal de

---

legislación vigente en esta materia.

<sup>266</sup> En palabras de SEMPERE NAVARRO, A.V. y QUINTANILLA NAVARRO, R.Y.; *La contratación laboral en las administraciones públicas*, Cuadernos de Aranzadi Social, nº 17, 2003, pág. 123.

<sup>267</sup> Se debe tener en cuenta que para estos supuestos de trabajadores cuyos convenios de origen establezcan mayores retribuciones también está prevista una compensación de una sola paga (DTª Primera).

<sup>268</sup> Disposición Adicional Segunda CCU.

<sup>269</sup> Vid. SEMPERE NAVARRO, A.V. y QUINTANILLA NAVARRO, R.Y.; *La contratación laboral en las administraciones públicas*, Cuadernos de Aranzadi Social, nº 17, 2003, pág. 130, con aporte jurisprudencial en este sentido: SSTJS Madrid de 18 de abril 2001 (JUR188497), de 13 de noviembre de 2000 (JUR 49203) y 21 de marzo de 2001 (JUR 1755).

unificación, según dispone el artículo 75.5 CCU.

De la sola exposición de la ordenación retributiva existente para el personal laboral en el ámbito del CCU se puede concluir lo extremadamente compleja que ésta es. Ya no se trata únicamente de proceder a la regulación homogénea de los muy diversos regímenes retributivos vigentes entre el personal por razón de su procedencia diversa con diferentes convenios colectivos de referencia dotado cada uno de una regulación distinta en materia retributiva. Es que dejando a un lado esta realidad, a la que, por otra parte, se hacía referencia al examinar la clasificación profesional, se impone otra de no menos envergadura como es la de la equiparación en cuanto al tratamiento salarial de los dos colectivos principales en el empleo público, laborales y funcionarios.

Sabido es que son precisos instrumentos jurídicos diferenciados para la regulación de estas y otras cuestiones relevantes de su prestación de servicios, por ello, se examina el contenido del CCU relativo a la retribución del personal laboral por una parte, y la regulación vigente en las normas de función pública para los funcionarios, por otra. Pero, a pesar de la diversidad de fuentes, el discurrir paralelo que en lo sustantivo es apreciable, debe ser atendido. En lo tocante al personal laboral, como ya se ha mencionado, el CCU, a través de unas tablas que figuran en Anexo I del mismo, procede al encuadramiento inicial dentro de alguno de los ocho grupos profesionales delimitados por la norma de cada una de las categorías profesionales configuradas por los convenios colectivos de origen. Una vez que este proceso, de suyo elevadamente complejo, ha concluido, las tablas salariales contenidas a su vez en los Anexos II y III, realizan una distribución en lo que se refiere a las retribuciones básicas, estableciendo el salario base y las pagas extraordinarias en virtud de cada uno de los grupos profesionales. Concretamente, el Anexo III contiene las referencias salariales de los funcionarios, no obstante, la Resolución de 4 de ene. de 2002, contiene el Acuerdo de las partes negociadoras del convenio, CIVEA, por el que se ha procedido a la equiparación, variando desde ese



momento el contenido del Anexo II. Téngase en cuenta, además, que la cuantía determinada de cada uno de estos conceptos se ha ido actualizando de conformidad con los sucesivos incrementos salariales experimentados a través de las leyes presupuestarias, también se han visto influidos por la conclusión del Acuerdo Administración Sindicatos de 2003-2004<sup>270</sup>.

Por su parte, la Resolución de 11 de noviembre de 2002, contiene el Acuerdo de las partes según el cual se ha modificado en contenido del art. 72 del CCU añadiendo un nuevo apartado 2 de conformidad con el cual, será competencia de la CIVEA, la distribución de la masa salarial correspondiente al incremento retributivo contenido en la ley de presupuestos. Por otra parte, se ha procedido a la racionalización de los complementos de puestos de trabajo modificándose en consecuencia el art. 75 3, 1 y 2 CCU.

Parece como si el CCU funcionara de un modo similar a como lo haría cualquier producto de la negociación colectiva en un proceso de homogeneización de condiciones y cantidades retributivas del personal proveniente de diversos convenios. Desde esta perspectiva, por ejemplo, se entiende la presencia en el Anexo III de una tabla de referencia salarial del personal funcional con la vista puesta en la equiparación. Y lo mismo puede decirse acerca del tratamiento de algunos complementos personales como el complemento personal de antigüedad. En efecto, el CCU dispone la existencia de un complemento de este tipo constituido por una cantidad fija mensual que se devengará cada tres años en el servicio efectivo desde su entrada en vigor, pero con respecto a las cantidades que por este concepto los trabajadores hubieran devengado anteriormente en virtud de lo dispuesto por los convenios de referencia, se opta por convertirlos en complementos personales de antigüedad constituidos por el importe que por este concepto de antigüedad, tanto nueva como congelada, tuviera reconocido el trabajador hasta el momento de

---

<sup>270</sup> Así, por ejemplo, en lo concerniente a la equiparación retributiva, la Resolución de 5 de marzo de 2003, contiene el acuerdo de la comisión negociadora del CCU en lo relativo a la adaptación de las retribuciones al citado Acuerdo Administración Sindicatos.

entrada en vigor del CCU y por ende su sistema regulador de este concepto<sup>271</sup>. En cualquier caso, es posible percibir también en este ámbito público, la progresiva pérdida de importancia de este complemento en el conjunto de las retribuciones<sup>272</sup>.

De un modo parecido, a pesar de su aparente complejidad en el cálculo, funciona el CCU en lo relativo a los complementos personales de unificación y los complementos personales absorbibles, de manera que los trabajadores que según su convenio de origen vinieran percibiendo en total sumando los conceptos de salario base, por las pagas extraordinarias sin componentes de antigüedad y como complemento personal no absorbible, una cantidad superior a la que le correspondería en aplicación del presente CCU, percibirán la diferencia como un complemento personal unificado. Estos complementos serán absorbibles de forma por los incrementos salariales que se vayan produciendo en lo sucesivo ya porque se trata de incrementos de carácter general previstos por las leyes de presupuestos, ya porque se deriven de cambios voluntarios de puesto de trabajo que impliquen ascenso de grupo profesional.

#### **4.4. La influencia del Cuerpo y del Puesto de Trabajo en la regulación de las retribuciones de los funcionarios públicos.**

La regulación del sistema retributivo de los funcionarios públicos es una constante desde los orígenes de la función pública y es un elemento caracterizador, también desde el inicio, de su régimen estatutario. Se trata, junto con la regulación

---

<sup>271</sup> En el ámbito de la empresa privada, es frecuente encontrar sistemas que, tras la supresión del complemento de antigüedad para todos los trabajadores a partir de una determinada fecha, establecen la percepción de ese complemento como un complemento *ad personam* de carácter contractual como condición más beneficiosa y sólo para los trabajadores que hasta ese momento de la supresión tuviesen reconocido un complemento por antigüedad, (STS de 6 de abril de 1995, RJ. 2916). Ahora, en el ámbito público, se deja congelada la cuantía devengada hasta ese momento en virtud de la normativa que resultaba de aplicación anteriormente y, hacia el futuro, la percepción de dicho complemento se ajustara en el modo y en el contenido marcado por el CCU.

<sup>272</sup> MERCADER UGUINA, J.; *Modernas tendencias de ordenación salarial*, Madrid, 1996, pág. 114 y 115, que señala que “los nuevos aires normativos comienzan a marcar una línea de tendencia favorable a la reducción de los costes salariales por esta partida.”

de la carrera, de una materia de gran importancia, no sólo para los empleados, como es obvio, sino para la propia organización. De hecho, puede decirse que ambas cuestiones, la relativa a la carrera y los aspectos retributivos, han sido los ejes sobre los que ha girado la reforma de 1984, si bien es verdad que no sólo en los años ochenta se prestó atención a estas materias, se trata de cuestiones fuertemente interrelacionadas y presentes en lo que constituye la propia base de todo el sistema de empleo público. Precisamente por ello, la historia o la evolución del sistema regulador de la función pública es la historia de la sucesiva y progresiva regulación de la carrera, como hemos visto, y de las formas de retribuirla, como vamos a ver<sup>273</sup>.

Ambos aspectos anteriormente señalados, no sólo discurren en paralelo a lo largo de los años sino que se presentan, como decimos, entrelazados. Así, cualquier intervención en la ordenación de uno de ellos por fuerza tendrá repercusiones en el otro, como, efectivamente, ha sucedido. En todo caso, las líneas que siguen pretenden acercarse a la materia de la ordenación de la retribución en el derecho de la función pública con toda la prudencia que aconseja el tratamiento de una cuestión que además de compleja y delicada, no se corresponde exactamente con el campo de estudio laboral. Sin embargo, su importancia no es desdeñable, menos en la actualidad y en el contexto de empleo público en el que nos hallamos. Valga decir que de la adecuación de las retribuciones depende la satisfacción de todo un sistema y que se trata, como por otra parte sucede con otros elementos ya analizados, de una materia común para todos los empleados aunque su fuente y su técnica reguladora sean diversas. En este sentido, me remito a las consideraciones generales que se han efectuado en este mismo epígrafe con anterioridad.

Y es que, dentro de las diversidades, la regulación que el derecho de la función

---

<sup>273</sup> Así lo han apuntado, entre otros, MARTÍNEZ MARÍN, A.; *Régimen Jurídico de los funcionarios*, Tecnos, 1999, pág. 86; CASTILLO BLANCO, F. y SOLANA PÉREZ, A.; "Las retribuciones de los funcionarios públicos", *Lecciones de Función Pública*, CEMCI, 2003, pág. 294. Con toda claridad, NIETO, A.; "La retribución de los funcionarios en España. Historia y actualidad", *Revista de Occidente*, 1967, pág. 21 apunta que "el régimen actual de retribuciones es herencia directa del pasado, sin cuya inteligencia habría de resultar incomprensible".

pública realiza de las retribuciones, destaca por su disparidad respecto a la propia de los trabajadores. Sin embargo, a esta diferencia se le pueden encontrar muchos matices, matices todos de cercanía con el sistema retributivo de los trabajadores, pues no en vano se trata de personal que presta sus servicios para la misma organización. La cuestión gira en torno al modelo según el cual se articulan las aparentes contradicciones.

La LMRFP contiene el diseño actual de las retribuciones del personal de las administraciones públicas. Lo primero que cabe destacar del régimen legal es su carácter básico, habida cuenta de que se trata de una materia que forma parte, indudablemente, de lo que se conoce como estatuto funcionarial. Además, este su carácter básico responde a la necesidad de garantizar la igualdad en cuanto a los conceptos retributivos y en cuanto a las cuantías de las retribuciones básicas para los funcionarios de cualquier administración. Ahora bien, la consecuencia del carácter básico de la regulación legal es que tales preceptos sólo delimitan las líneas generales del modelo, obligando a su desarrollo y a su concreción posterior así como a su aplicabilidad y obligatoriedad, tanto para el personal funcionario, como laboral<sup>274</sup>.

Gran importancia en la regulación del régimen retributivo de los funcionarios, y lo mismo se puede decir con respecto al personal laboral, tienen las leyes de presupuestos generales del estado que, cada año, deberán incluir la totalidad de los gastos e ingresos del sector público. Por este motivo, las leyes presupuestarias, como se sabe, adquieren trascendencia el régimen económico del personal, pues no sólo se establecen en ellas los incrementos salariales, en los presupuestos anuales se fijan además otras materias como los conceptos retributivos, y los límites a los

---

<sup>274</sup> “En suma, bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, los principios de igualdad y solidaridad y las competencias que en materia de gasto público tiene el Estado sustentan la capacidad del mismo para intervenir en la política retributiva del personal perteneciente a otras administraciones públicas. Ello, sin embargo, no significa que el ejercicio de esta competencia estatal permita agotar el espacio normativo de otras organizaciones territoriales”. (STC 76/1983, de 5 de agosto)

incrementos así como los procedimientos que se deben seguir para incrementar las retribuciones de todo el personal, como ya se ha analizado.

Con todo, la mayor influencia de la regulación que efectúa la LMRFP se deja ver en la trascendencia que otorga al puesto de trabajo a efectos retributivos. Ello es coherente con la relevancia que el mismo tiene en la entera configuración de la organización del trabajo a partir de la entrada en vigor de la Ley<sup>275</sup>. Así, en la delimitación retributiva, el puesto de trabajo es un instrumento clave para la valoración de la actividad y el rendimiento de cada funcionario. Pero comparte funciones en la materia, dado que tienen también atribuida por la ley cierta capacidad de determinar las retribuciones, el Cuerpo y el grupo de referencia. Se puede ver, también en esta materia, como por otra parte es lógico dada la fuerte imbricación de ambas instituciones, el carácter mixto del sistema que diseña la ley, así se apuntaba al examinar la regulación de la carrera y, en general, así se deduce del modelo con el que actualmente contamos de función pública.

Las retribuciones giran en torno a estos dos elementos, pertenencia a un cuerpo determinado y ocupación de un puesto<sup>276</sup>. Con ello no se pretendía, o al menos ese no fue el resultado, cambiar el modelo tradicional de la retribución de la función pública española, pero sí se perseguía corregir alguna de las sempiternas deficiencias en el modelo<sup>277</sup>. En definitiva, la opción legal en materia retributiva

---

<sup>275</sup> Aunque ya se sabe que la relevancia del puesto ya se podía ver con claridad en la LFCE.

<sup>276</sup> En un modelo de función pública llamado de carrera, la retribución se determina a través de la categoría funcional ostentada por el personal, esto es, por medio de una consideración subjetiva: lo que el empleado es. Por el contrario, en un sistema de empleo, prima la consideración objetiva: lo que el empleado hace, por lo que el puesto de trabajo desempeñado será clave para la determinación de la retribución. La mixtificación de ambos modelos se evidencia en la regulación de la Ley de 1965 en la que se asienta un régimen retributivo apoyado en elementos provenientes de ambos. La consideración personal del empleado junto con la relevancia del puesto de trabajo ocupado por el mismo.

<sup>277</sup> Y es que, como observan los profs. CASTILLO BLANCO, F. y SOLANA PÉREZ, A.; “Las retribuciones de los funcionarios públicos”, *Lecciones de Función Pública*, CEMCI, 2003, pág. 301, progresivamente “se había ido produciendo una desconexión real entre las categorías subjetivas de los funcionarios y la organización administrativa en la que prestaban sus servicios, con el consiguiente desajuste entre el nivel de retribución y la responsabilidad que a éstos era

presenta una doble cara, por un parte se retribuyen condiciones personales del empleado por su pertenencia a un determinado cuerpo y su antigüedad, y por otra, se retribuyen circunstancias objetivas relativas al puesto que se ocupa, como los complementos. Esta composición mixta del sistema retributivo se evidencia en la propia estructura del mismo, porque dentro de ella se pueden identificar aquellos conceptos retributivos que se encuentran ligados al cuerpo o grupo de pertenencia, como son las retribuciones básicas<sup>278</sup>, y aquellos complementos ligados al puesto de trabajo, como son las retribuciones complementarias<sup>279</sup>.

Las retribuciones básicas, tal como su nombre indica, deben ser iguales en su estructura y en su cuantía en todas las administraciones públicas, para cada uno de los Cuerpos y Escalas de funcionarios. Dichas cuantías se fijan en la LPGE cada año<sup>280</sup>. El sueldo es la cantidad correspondiente para cada uno de los grupos de titulación en los que se clasifican los cuerpos de funcionarios<sup>281</sup>. Así, el art. 23.2 a) LMRFP, establece que el sueldo es la cantidad resultante de aplicar el correspondiente índice de proporcionalidad asignado a cada uno de los cinco grupos de funcionarios. Con la LMRFP se introduce el principio de proporcionalidad o abanico máximo entre sueldos para que la diferencia entre el más elevado y el menos se sitúe dentro de unos márgenes razonables, en este mismo sentido en el art. 24 LMRFP se determina que el sueldo de los funcionarios del Grupo A no podrá exceder en más de tres veces el sueldo de los funcionarios del Grupo E<sup>282</sup>.

---

encomendada”.

<sup>278</sup> Sueldo, trienios y pagas extraordinarias.

<sup>279</sup> Complemento de destino, complemento específico y complemento de productividad.

<sup>280</sup> Vid. para el año 2004, los arts. 21 y ss LPGE/04.

<sup>281</sup> Como ya es sabido, la estructura interna de la función pública se organiza en torno a cinco grupos funcionariales, (establecidos a partir de las cinco titulaciones básicas existentes en el sistema educativo español), que a su vez se corresponden con los cinco cuerpos generales. Téngase en cuenta que la desaparición del Certificado de Estudios Primarios y su equiparación con el Graduado Escolar determina que, en algunos casos, funcionarios ingresados con esa titulación deban ser integrados en el grupo D.

<sup>282</sup> No obstante, dado que las retribuciones básicas de los empleados han ido perdiendo peso dentro del montante total de las retribuciones a favor de las retribuciones complementarias, este propósito de igualdad ha ido perdiendo fuerza con el paso del tiempo y la aplicación efectiva de la

Los trienios son otro de los componentes retributivos de carácter básico y consisten en una cantidad igual para cada grupo de titulación, por cada tres años de servicio en el cuerpo, escala, clase o categoría, fijada anualmente por la ley de presupuestos. Se trata de una retribución directamente relacionada en su cuantía con el grupo de pertenencia y su finalidad es la de compensar al funcionario por la prestación continuada de los servicios. Puede establecerse el paralelismo con el complemento de antigüedad previsto en el CCU para el personal laboral, no en vano éste se encuentra también cifrado en torno al espacio temporal de los tres años<sup>283</sup>.

A efectos de trienios se tendrán en cuenta la totalidad de los servicios prestados por el funcionario desde que empezó a prestar servicios para la Administración, aunque no fuera en calidad de funcionario, sino como contratado laboral o administrativo, funcionario interino o eventual. Se incluye el periodo de práctica de conformidad con lo dispuesto en la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, de Reconocimiento de Servicios Previos en la Administración Pública. El RD 1461/1982 estableció determinadas puntualizaciones sobre el sistema precisando que los servicios prestados se computarían cualquiera que fuera el régimen jurídico en que se hubiesen efectivamente prestado, salvo aquellos que tuvieran el carácter de prestaciones personales obligatorias.

Las pagas extraordinarias, se integran también dentro de las retribuciones básicas y aparecen reguladas en el art. 23. 2 c) LMRFP. Serán dos al año por un importe mínimo cada una de ellas de una mensualidad del sueldo y trienios y se devengarán el primer día hábil de los meses de junio y diciembre. La LPG/03 ha modificado la cuantía de las pagas extraordinarias, al incrementarla incorporando a las mismas una parte del complemento de destino<sup>284</sup>. Para el resto del personal en

---

norma por las diversas administraciones.

<sup>283</sup> Vid. art. 75.1 CCU.

<sup>284</sup> En aplicación de lo acordado entre la Administración y las organizaciones sindicales más representativas que, en el Acuerdo para el periodo 2003-2004, establecieron que las pagas

similares términos, se prevé que el incremento debe aplicarse teniendo en cuenta el concreto régimen retributivo, en el caso del personal laboral, a través de la negociación colectiva. La LMRFP otorga carácter de importe mínimo a la paga extraordinaria con lo cual teóricamente cabría incrementar su cuantía. Pero lo cierto es que las leyes de presupuestos de cada año vienen cuantificando el importe de este concepto retributivo por el importe estricto del sueldo y trienios<sup>285</sup>.

La nota general o común que puede señalarse al respecto de las retribuciones básicas es su carácter subjetivo y su correspondencia con una finalidad de uniformidad para todos los funcionarios públicos<sup>286</sup>, por otra parte, en comparación

---

extraordinarias de los funcionarios en servicio activo tendrán un importe, cada una de ellas, equivalente a una mensualidad de sueldo y trienios, más un 20% del complemento de destino mensual, en el año 2003 y del 40% del mismo, en el año 2004 (Capítulo XIX, letra d).

<sup>285</sup> La cuestión es determinar si la ley de presupuestos de cada año, otorga a este concepto carácter básico ya que si no es así, las administraciones públicas distintas de la Administración General del Estado, acogiéndose al carácter mínimo que le otorga la LMRFP, podrán elevar su cuantía. De hecho, no pocos Acuerdos o Pactos alcanzados en el ámbito de las corporaciones locales, ha elevado el importe de la paga extraordinaria por encima del sueldo y trienios. Téngase en cuenta, además, que la STC 63/1986, de 21 de marzo, considera posible la elevación por encima del mínimo siempre que no afecte en conjunto a la subida anual hasta el punto de superar el porcentaje de incremento autorizado, con este pronunciamiento es posible afirmar que cabe la posibilidad de que administraciones distintas a la del Estado eleven las pagas extraordinarias por encima del importe del sueldo y los trienios. El Tribunal Constitucional admitió que “que la actividad financiera de las Comunidades se someta a las exigencias de la política económica general de carácter presupuestario dirigida a garantizar el equilibrio económico mediante las oportunas medidas tendentes a conseguir la estabilidad económica interna y externa.” Pero al mismo tiempo entiende que “esta cláusula general no permite la adopción de cualquier medida limitativa de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas sino, en todo caso, de aquellas medidas que tengan una relación directa con los mencionados objetivos de política económica dirigidos a la consecución y mantenimiento de la estabilidad y el equilibrio económicos.” Así pues, no resulta injustificado que, en razón de una política de contención de la inflación a través de la reducción del déficit público, y de prioridad de las inversiones públicas frente a los gastos consuntivos, se establezcan por el Estado topes máximos globales al incremento de la masa retributiva de los empleados públicos, pero el Tribunal no entiende, por el contrario, justificado, desde la perspectiva de los objetivos de política económica general, “que el Estado predetermine unilateralmente los incrementos máximos de las cuantías de las retribuciones de cada funcionario dependiente de las Comunidades Autónomas, individualmente considerado, desplazando así la competencia autonómica para regularlas en sus presupuestos.” (STC 63/1986, de 21 de marzo).

<sup>286</sup> Por ello, tanto en su estructura, como en su cuantía, resultan de obligada observancia por todas las Administraciones Públicas y están establecidas en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. CASTILLO BLANCO, F.; *El sistema retributivo en la función pública española*, Madrid, 2002, pág. 165.



con los complementos de puesto, destaca su escasa importancia cuantitativa dentro del montante total de las retribuciones de los funcionarios<sup>287</sup>.

Las retribuciones complementarias, por su parte, vienen definidas en el párrafo tercero del art. 23 de la LMRFP. A diferencia de las retribuciones anteriores, la cuantía de las retribuciones complementarias puede variar dependiendo de las administraciones siendo ello una lógica consecuencia de la propia naturaleza de estos conceptos retributivos encaminados a retribuir los puestos de trabajo y la forma en que se desempeñan. El complemento de destino ya aparecía en la LFCE, según la cual correspondía a aquellos puestos de trabajo que requieran una particular preparación técnica o impliquen especial responsabilidad, (art. 98.2). Posteriormente, el RD 889/1972, de 13 de abril, que reguló las retribuciones complementarias, después de definirlo de idéntica forma que la ley, establecía que para su fijación se determinarían los puestos de trabajo que reúnan las circunstancias de preparación técnica o especial responsabilidad y a cada uno de ellos les asignaría un nivel en una escala de treinta niveles. La LMRFP, retoma este concepto, lo incluye entre las retribuciones complementarias y establece en el art. 23.3.a) que “el complemento de destino corresponde al nivel del puesto de trabajo que se desempeñe”<sup>288</sup>.

El complemento de destino, es una retribución por lo que se hace efectivamente, y en una organización fuertemente jerarquizada, adquiere el papel de identificación de la jerarquía siendo al propio tiempo elemento clave para el ascenso dado que

---

<sup>287</sup> En este sentido, OLIART DE LIMA, B.; “Los derechos económicos de los funcionarios” en AAVV; *Los recursos humanos en las Administraciones Públicas*, La Rioja, 1989, pág. 150.; destaca la pérdida de peso experimentada por las retribuciones básicas en comparación con el total de las retribuciones ha disminuido y ello se considera un factor de “empobrecimiento real” y una disminución de los derechos económicos de los funcionarios a largo plazo.

<sup>288</sup> Los treinta niveles iniciales de complemento de destino están reducidos a veintitrés actualmente ya que el nivel mínimo que efectivamente aparece en las RPT suele ser el 7 teniendo cada uno una retribución cuya cuantía especifica la ley de presupuestos cada año con carácter obligatorio para la Administración General del Estado. Los niveles se asignan a cada Cuerpo o Escala dentro de un intervalo y existe un cierto solapamiento de los intervalos de nivel asignados a cada Grupo.

precisamente la posición dentro de la escala de niveles y la subida dentro de la misma constituyen la carrera administrativa, además de marcar la retribución. Sin embargo, esa posibilidad que desde el inicio tuvo el complemento de destino de convertirse en elemento definidor de la carrera, ha quedado con el tiempo, sensiblemente reducida por dos motivos. Por una parte, porque en determinadas administraciones hay que contar con la inexistencia de gran parte de los niveles previstos, con lo que se bloquea el paso de un nivel a otro y por lo tanto la posibilidad de hacer una carrera a través del mecanismo del complemento de destino y la ocupación de niveles distintos. Por otro lado, el complemento de destino ha ido perdiendo importancia cuantitativa en relación a otros complementos. Así, hoy en día, el complemento específico es el que de hecho determina la carrera administrativa<sup>289</sup>. En este sentido, se ha señalado que si se quiere rescatar el papel del complemento de destino como elemento de carrera, sería necesario efectuar algunos cambios en su configuración, como puede ser la reducción del número de niveles por grupo de titulación y una dotación económica mayor<sup>290</sup>.

Con todo, la que quizá constituye la más notable característica del complemento de destino, es la vinculación que éste mantiene con el grado personal del funcionario. La asignación del complemento de destino a los puestos de trabajo, permite al funcionario consolidar grados a través de su permanencia durante cierto tiempo en ellos<sup>291</sup>. Pues bien, los funcionarios tienen derecho a recibir al menos el complemento de destino que se corresponda con su grado personal, de manera que si el nivel asignado al puesto de trabajo es superior, será éste el que se reciba, pero

---

<sup>289</sup> Aunque de una manera poco explícita puesto que es el complemento específico el que permite tener una retribución más elevada con un nivel 28, que con un nivel 30, todo dependerá de la cuantía del complemento específico.

<sup>290</sup> El legislador ha mostrado cierta preocupación por la cuestión. Así se deja ver en la DA 4ª LPG/95 que autoriza al gobierno a revisar la cuantía de los complementos de destino y compensar los incrementos que ello produzca con las consiguientes minoraciones en las restantes retribuciones complementarias. En todo caso, se trata de una previsión que no se ha cumplido.

<sup>291</sup> Recuérdese que el grado es aquella cualidad adquirida por el desempeño de determinados puestos de trabajo durante cierto tiempo y que funciona como una suerte de categoría profesional según se vio anteriormente en el epígrafe 2.4.

si por el contrario, lo que es superior es el grado personal, lo que se percibirá será el correspondiente al grado personal consolidado.

El complemento específico está destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad según se dispone en el art. 23.3, b) LMRFP. En la ley se indica que el complemento específico retribuye las condiciones de algunos puestos, no es un complemento que se prevea para todos<sup>292</sup>. Hay que entender que la lista de elementos que contiene la ley es una lista cerrada y no meramente enunciativa tal como ha quedado interpretado por la jurisprudencia que ha impedido que se puedan invocar más condiciones que las estrictamente enunciadas<sup>293</sup>.

La finalidad retributiva del complemento específico no está exenta de polémica. En primer lugar, las dudas surgen en su comparación con el complemento de destino cuando se pretende establecer la diferencia que existe entre ambos complementos. A este respecto, podría concluirse que el complemento de destino, más que valorar específicamente cada puesto de trabajo, lo que hace es clasificar en tramos los diferentes puestos de trabajo sin ningún tipo de individualización, conectando de forma objetiva la titulación y el Cuerpo al que se pertenece con los tramos o intervalos a él reservados dentro de la escala total de niveles. De esta forma, el Grupo de pertenencia sólo supone límites a la movilidad dentro de la escala de niveles.

Por su parte, el complemento específico retribuye la forma de ejercer cada

---

<sup>292</sup> La STS de 30 de mayo de 1991 (RJ.4226), se refiere a la trascendencia que tendría el que se pudiera generalizar para todos los puestos, en un supuesto en el que declara la nulidad del acuerdo municipal que dispone la atribución del complemento específico a todos los funcionarios de la Corporación, sin tener en cuenta los puestos concretos de trabajo a los que debe asignarse.

<sup>293</sup> STS de 12 de abril de 1993 (RJ. 2923).

puesto<sup>294</sup>. Sin embargo, el análisis de las condiciones por las que se retribuye con este complemento específico, pone de manifiesto algunos puntos conflictivos<sup>295</sup>. Algunos de los factores han ido progresivamente perdiendo sentido, es el caso, por ejemplo, de la peligrosidad o la penosidad, pues, dejando aparte su rara presencia en la organización burocrática, hoy en día la prevención de riesgos y la salud laboral que alcanza también a las administraciones públicas imponiendo una lógica preventiva con preferencia frente a la compensación económica de la presencia de dichas circunstancias<sup>296</sup>.

Dentro de los parámetros legales, el complemento específico, fundamentalmente, viene a compensar la incompatibilidad<sup>297</sup> o dedicación exclusiva en un puesto de trabajo y la especial dedicación. En cuanto a la especial dedicación como criterio para la adjudicación del complemento específico, debe tenerse en cuenta que la jornada de trabajo está establecida, en general, en 37 horas y media y en 40 horas para el personal que preste sus servicios en régimen de dedicación

---

<sup>294</sup> Siguiendo la enumeración de características del complemento específico que realiza, SOLANA PÉREZ, A.; en su monografía; *Aplicación y control judicial del complemento específico en la retribución de los funcionarios públicos*, CEMCI, 2000; el complemento específico retribuye el concreto puesto de trabajo desempeñado y su establecimiento exige la tarea previa de analizar las funciones que son asignadas al puesto y no al funcionario que lo ocupa pues son indiferentes las condiciones subjetivas a estos efectos. Se debe tener en cuenta que dichas funciones cuyas condiciones especiales o sus características determinan la asignación de un complemento específico deben mantenerse con carácter permanente y no ser condiciones meramente ocasionales. Tampoco cabe la asignación de este complemento con carácter generalizado a todos los puestos de trabajo. No genera derechos adquiridos pero, para modificarlo habrá que efectuar de nuevo una valoración que acredite la existencia de cambios en las funciones atribuidas. Vid. también, con aportes jurisprudenciales; CASTILLO BLANCO, F.; op. cit. págs. 205 y 206.

<sup>295</sup> PALOMAR OLMEDA, A.; *Derecho de la Función Pública*, 6ª ed. 2001, pág. 380, se refiere a los parámetros que la ley establece para la valoración, como “el gran caballo de batalla” para la implantación.

<sup>296</sup> En este sentido, SOLANA PÉREZ, A.; en su monografía; *Aplicación y control judicial del complemento específico en la retribución de los funcionarios públicos*, CEMCI, 2000, pág. 103, expone que la percepción por estos conceptos se produce, “si a pesar de que la Administración ha puesto todos los medios a su alcance para que el puesto de trabajo se desarrolle con absoluta normalidad, y el funcionario ha cumplido en su caso, las exigencias establecidas para evitar el posible equilibrio, sigue existiendo ese peligro o riesgo especial inherente al puesto de trabajo.”

<sup>297</sup> Para PALOMAR OLMEDA, A.; *Derecho de la Función Pública*...op. cit. pág. 381, es el precio de la incompatibilidad. Al respecto, vid. NOGUEIRA GUASTAVINO, M.; *La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo*, Aranzadi, 1997, págs. 151 a 154, sobre el ámbito subjetivo de la competencia prohibida.

exclusiva, pagándose este mejor horario con el complemento de productividad. Así pues, el complemento de dedicación no estaría pagando factor alguno objetivo a no ser que se entienda que esas dos horas de diferencia tienen una doble retribución, productividad y específico. Ello pone de manifiesto las dificultades de un sistema que responde en su origen a la pretensión de hacer efectiva una política retributiva apoyada en la valoración del puesto de trabajo alejada del sistema retributivo propio de un sistema de cuerpos.

Pero la concreción real de este objetivo no es fácil. Es a través de la Relaciones de Puestos de Trabajo como se debe llevar a cabo la valoración objetiva de cada puesto para que se produzca la asignación, en su caso, del específico. Se trata, sin duda, de una decisión discrecional que implica valorar los conceptos y determinar su cuantía de modo que su mayor o menor racionalidad o equidad dependerá del estado general de la organización del personal en la organización pública, que no ha recibido valoraciones muy positivas<sup>298</sup>.

Por su parte, el complemento de productividad está destinado a retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa con que el funcionario desempeña su trabajo, ya que así lo dispone la LMRFP en el art. 23.3.c), añadiendo que su cuantía global no podrá exceder de un porcentaje sobre los costes totales de personal que se determinará por la ley de presupuestos. Será el responsable de la gestión de cada programa de gasto, el que, dentro de las correspondientes dotaciones presupuestarias, determine la cuantía individual que corresponda a cada funcionario. En todo caso, las cantidades que se perciban por ese concepto serán de conocimiento público de los demás funcionarios del Departamento u Organismo interesado, así como de los representantes sindicales.

---

<sup>298</sup> Así, PALOMAR OLMEDA, op. cit. habla de riesgo de arbitrariedad en una Administración politizada, pág. 381. SÁNCHEZ MORÓN op. cit. se refiere a la posibilidad de desvirtuar el sentido del mismo convirtiendo una retribución dirigida a remunerar la especial responsabilidad de los cargos más elevados en una retribución de cargos que no lo son tanto o que carecen de ella; pág. 207.

En este supuesto retributivo, la cuestión que cabe plantearse es la relativa a la medición del rendimiento, puesto que será preciso, antes de cualquier otra cosa, que se pueda establecer con claridad cuál es el rendimiento que puede interpretarse como normal, para, a partir de ahí, determinar lo que es considerado una actividad extraordinaria. Es claro que una cosa y otra se encuentran indispensablemente unidas pero ello no funciona así en la práctica puesto que ante la ausencia de un sistema objetivo de medición del rendimiento, e incluso ante la ausencia de criterios de comparación, se ha acudido a recursos diversos pasando incluso por el surgimiento de criterios de distribución que contemplan desde la fijación de una cantidad mensual determinada, hasta la creación del concepto de productividad compensatoria para compensar a aquellos puestos que hubieran quedado peor tratados en las RPT. Esta realidad desvirtúa claramente la razón de ser de este complemento, lo deseable sería contar con datos o con elementos objetivables que permitieran realizar una valoración del desempeño efectivo del puesto<sup>299</sup>.

La Retribución complementaria de carácter ocasional que es la gratificación por servicios extraordinarios, es un complemento retributivo por la prestación de servicios fuera de la jornada habitual de trabajo, así se dispone en el art. 23.3 d) LMRFP. Es amplia la discrecionalidad de este complemento; no sólo en lo referente a su concesión, sino también respecto de sus cuantías. Ninguna norma señala criterios o parámetros para su cuantificación<sup>300</sup>, pero lo que sí se señala en la LMRFP es que, en ningún caso, pueden ser fijas sus cuantías ni periódico su devengo, se trata de límites que refuerzan la discrecionalidad al prohibir todo

---

<sup>299</sup> Pero esta posibilidad, que aún permanece abierta, se enfrenta a la dificultad de tener que contar para su implantación con la propia voluntad de los funcionarios que se muestran reacios a la evaluación del desempeño de los empleados a ellos subordinados. En el último borrador de proyecto de Estatuto Básico de la Función Pública, se introducían ciertos refuerzos para una posible evaluación o valoración del desempeño de los empleados como un factor que efectivamente tuviese incidencia en su carrera profesional, asimismo se relacionaba en el proyecto dicha valoración con el igualmente introducido código de ética del servicio. Como sabemos, nada de ello ha llegado a concretarse finalmente, habrá que esperar el momento en el que se retome el proyecto para saber cómo se articula dicha posibilidad si es que finalmente llegara a hacerse.

<sup>300</sup> Excepcionalmente, en la Administración Local, sí se ha establecido un tope máximo de gratificación en los casos de acumulaciones de puestos reservados a habilitados nacionales.

elemento reglado en su devengo. Por lo demás, la discrecionalidad es nota característica de todas las retribuciones complementarias, no sólo de las gratificaciones por servicios extraordinarios. Dentro de las retribuciones de los funcionarios públicos hay que tener en cuenta igualmente los complementos personales transitorios que tienen la finalidad de evitar que el sueldo disminuya respecto del año anterior, como consecuencia de la aplicación de una nueva normativa sobre retribuciones de la que se deriva una disminución de las retribuciones básicas. En definitiva, son compensaciones que tratan de evitar una bajada del sueldo<sup>301</sup>.

Finalmente, la LMRFP contempla las indemnizaciones por razón de servicio y señala que los funcionarios las recibirán para resarcirlos de los gastos que se vean precisados a hacer por razón de su prestación de servicios<sup>302</sup>. Darán lugar a indemnización, las comisiones de servicio fuera del término municipal, si no duran más de un mes, si bien, podrán ser objeto de prórroga. Si excede la comisión de los plazos señalados, se estará en presencia de la llamada residencia eventual, que no podrá exceder de un año y si se prevé que los cometidos especiales exigirán un tiempo superior, se creará un puesto de trabajo en el lugar en el que se deba realizar el servicio. También se indemnizan por este concepto los cursos de capacitación o especialización realizados fuera del término municipal de residencia cualquiera que sea su duración. Se resarcen los gastos de desplazamiento para la realización de diligencias, notificaciones, citaciones y emplazamientos dentro del término de residencia habitual.

#### **4.5. Tendencias y retos del sistema retributivo del empleo público.**

---

<sup>301</sup> Existen sentencias del Tribunal Supremo que han reconocido que los complementos personales transitorios son un derecho individual del funcionario pero este derecho no tiene una duración indefinida, ni es absoluto, sino que su cuantía va disminuyendo anualmente ya que irá siendo absorbido por los incrementos anuales.

<sup>302</sup> Se debe apuntar la existencia de una normativa común para todo el personal salvo el laboral

Si en el ámbito de las relaciones laborales entre particulares es apreciable la progresiva pérdida de importancia del salario base, la tendencia a la configuración elástica de ciertos complementos salariales clásicos y la potenciación de la retribución variable a través del reforzamiento de la medición del rendimiento y de la consecución de objetivos<sup>303</sup>, basta comparar dichas tendencias con aquéllas que para la doctrina administrativa se perciben en el sistema retributivo de los empleados públicos, para entender que esta proximidad es evidente.

A estos efectos basta enumerar las que se consideran carencias básicas del sistema retributivo actual en este ámbito<sup>304</sup>. Así, se observa una artificial creación de órganos de mando sólo para justificar retribuciones más elevadas, la existencia de una clara influencia o presión por parte de ciertos cuerpos o colectivos con vistas a la definición de los niveles salariales, poca claridad en los pluses o en los complementos salariales, pagas extraordinarias que se abonan de manera fija o periódica, consolidación de las cantidades ligadas al desempeño y a la productividad, incluso la utilización de los criterios de asistencia o puntualidad como únicos elementos para la valoración y la determinación de la productividad.

No obstante, deben destacarse determinadas iniciativas en la regulación retributiva de algunos Cuerpos en los que es apreciable el novedoso tratamiento de estos aspectos. La Ley 15/2003, de 26 de mayo<sup>305</sup>, reguladora del régimen retributivo de las carreras judicial y fiscal, modificó el sistema y la estructura de las retribuciones de magistrados, jueces y fiscales que, desde su entrada en vigor tienen un componente fijo y otro variable. En las retribuciones fijas, la norma incluye las retribuciones básicas (sueldo y antigüedad) y las complementarias (complemento de destino y específico). Las retribuciones variables incluyen las vinculadas al

---

al que se le aplicará lo previsto en el CCU, y que está regulada en el RD 236/1988, de 4 de marzo.

<sup>303</sup> MERCADER UGUINA, J.; *Modernas Tendencias...* op. cit.

<sup>304</sup> CASTILLO BLANCO, F.; op. cit.

<sup>305</sup> RCL 2003\1388.



rendimiento individual acreditado en el desempeño de las funciones, así como las retribuciones por participación en programas concretos de actuación en órganos judiciales. Además de las retribuciones mencionadas, la norma legal prevé retribuciones especiales como las correspondientes a prestación de servicios extraordinarios sin relevación de funciones, y a sustituciones que impliquen el desempeño conjunto de otra función<sup>306</sup>. No son estos los únicos Cuerpos que encuentran entre sus retribuciones componentes variables tendentes al reforzamiento de la consecución de objetivos, también en el Cuerpo de Inspectores es posible identificar sistemas retributivos similares.

Considerando clara la tendencia a la flexibilización del sistema retributivo de los empleados públicos como puede percibirse de las diferentes posiciones doctrinales ante el estudio de la cuestión, ello representará un cometido más sencillo mientras vaya referido a la ordenación retributiva del personal laboral pues la mayor rigidez, ya tradicional, en el sistema normativo regulador para los funcionarios públicos podría suponer, en este ámbito, un obstáculo importante. Sin embargo, es posible efectuar claros paralelismos entre ambos colectivos en lo tocante al desarrollo de la ordenación salarial de cada uno.

En este esquema, el papel unificador y homogeneizador de las Relaciones de Puestos de Trabajo es evidente pero, claro está, exige la existencia previa de una auténtica voluntad de llevar hasta el máximo sus posibilidades como instrumento organizativo. Por último, todo ello conecta con la existencia de otra realidad, ya

---

<sup>306</sup> La Ley regula el contenido y la cuantía de las retribuciones fijas y variables pero no aborda la regulación concreta de esos otros complementos retributivos. Para ello se publicó el RD 431/2004, de 12 de marzo (RCL 2004\767). En cuanto al complemento variable por objetivos, destinado a remunerar el rendimiento y actividad extraordinaria de los fiscales, la cuantía global de este complemento no podrá exceder del porcentaje sobre el resto de las retribuciones que establezcan los PGE. Las retribuciones variables de los jueces se vinculan al rendimiento individual acreditado por cada juez o magistrado en el desempeño de sus funciones jurisdiccionales y profesionales de acuerdo con los objetivos que para cada destino se fijan por el CGPJ, el RD 432/2004, de 12 de marzo (RCL 2004\768), extrapola para los fiscales este modelo de retribuciones variables por objetivos adaptándolo a las especificidades propias de la carrera fiscal.

mencionada en otros apartados de este trabajo, como es la relativa a la medición de la responsabilidad de los administradores públicos. En cualquier caso, en lo que se puede apreciar una unánime posición por parte de la doctrina administrativista, es en el señalamiento como objetivos públicos, la flexibilidad salarial, la evaluación de los empleados y la medición del rendimiento como elemento de carrera y factor de retribución<sup>307</sup>.

Desde las mismas fuentes se apunta a la productividad como mejor opción para la consecución de un empleo público racionalmente retribuido. Pero ello exige la realización de una tarea previa de medición y valoración de los resultados, así como un cambio de concepción del propio sistema que resulta difícil imaginar en el actual contexto. En el vigente sistema de empleo público, hemos visto que la ordenación retributiva se estructura de tal forma que las retribuciones fijas, aquellas que van anudadas a lo que el funcionario es o en atención al lugar en el que presta sus servicios<sup>308</sup>, son determinantes de la mayor parte de la cuantía salarial, en comparación con las retribuciones establecidas en función de lo que el funcionario produce. Es necesaria una adecuación de ambos factores o elementos retributivos, de manera que se puedan equilibrar las dos variables.

Por el momento se puede concluir con la constatación de una realidad que por si sola es un positivo elemento de partida para regulaciones futuras porque, pese a la diferencia de regímenes jurídicos, es posible apreciar aproximaciones crecientes entre el sistema retributivo de uno y otro régimen. Incluso si se efectuara una comparación por conceptos, dicha proximidad se convertiría en uno de los elementos más destacables. De este modo, el sueldo estipulado para los funcionarios públicos equivaldría al salario base estipulado para el personal laboral; otro tanto cabe afirmar respecto de las pagas extraordinarias para uno y otro colectivo. En el mismo sentido, los trienios en la función pública se corresponden

---

<sup>307</sup> Ver, por todos, PALOMAR OLMEDA, A., *Planificación de los recursos humanos en el ámbito público*, op. cit. pág. 135 y ss.

con el complemento de antigüedad de los trabajadores al servicio de la Administración General del Estado.

El anterior esquema que resulta, hasta cierto punto, fácil, para las retribuciones básicas se mantendría también para las complementarias a pesar de su mayor complejidad. Así, el complemento de destino y el específico en la función pública guardan cierta similitud con lo que para los trabajadores representan los complementos de puesto de trabajo. El complemento de Productividad de los funcionarios, por su parte, con el complemento por calidad o cantidad de trabajo del personal laboral, y las gratificaciones extraordinarias con el tratamiento de las horas extraordinarias de los trabajadores. Incluso en el tratamiento de los complementos por residencia para uno y otro colectivo, se percibe este tratamiento similar. Es evidente que la proximidad explica la existencia de tendencias semejantes, pero también los obstáculos que haya que sortear serán parecidos, si no los mismos. En todo caso, ello apunta hacia la realidad tantas veces destacada de la aproximación de regímenes por la vía de hecho.

## **5. LA EXTINCIÓN DE LAS RELACIONES DE EMPLEO PÚBLICO: EN BUSCA DE UNA FLEXIBILIDAD DE SALIDA<sup>309</sup>**

### **5.1. Las facultades disciplinarias de la organización pública como causa de extinción.**

La Administración posee la facultad de extinguir el vínculo que le une con sus

---

<sup>308</sup> PALOMAR OLMEDA, A; op. cit. pág. 137.

<sup>309</sup> De las primeras veces, si no la primera, que se ha empleado esta expresión ha sido en el trabajo de RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.; "Flexibilidad en la Administración Pública: Una necesidad inaplazable", publicado en el nº 170/1997, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, págs. 3 a 40. A mi juicio, la virtud que tiene el mismo reside precisamente en el tratamiento bajo una perspectiva homogénea de las relaciones de empleo público, así como el hecho de identificar las grandes corrientes que recorren hoy las organizaciones públicas. En la misma línea emprendida por este trabajo han aparecido posteriormente otros, no obstante este trabajo tiene la importancia de ser uno de los primeros.

empleados, del mismo modo que el empresario puede rescindir el contrato de trabajo cuando se produzcan los incumplimientos que así lo prevean<sup>310</sup> y, sin embargo, puede apreciarse una clara resistencia en las organizaciones públicas a la extinción de la relación de empleo público cualquiera que sea su naturaleza<sup>311</sup>. Como se sabe, la inamovilidad es una cualidad que caracteriza el estatuto jurídico de, al menos, una parte de los empleados públicos, los funcionarios, y por mucho que en los últimos tiempos se pueda apreciar la existencia de una tendencia a la reformulación del contenido de esta inamovilidad, es claro que la misma garantiza la permanencia del funcionario en el seno de la función pública de la cual, sólo podrá ser separado por una sanción disciplinaria<sup>312</sup>.

En cualquier caso, se puede establecer cierto paralelismo entre los ámbitos público y privado en el ejercicio de esta vertiente del poder de dirección pues las semejanzas son evidentes en tanto que se trata de organizaciones que más allá de su diferente naturaleza jurídica, presentan similares necesidades de ordenación y gestión de sus recursos humanos y están por igual compelidas a ofrecer unos óptimos resultados en dicha gestión<sup>313</sup>. Sin embargo, en el empleo público las facultades disciplinarias se articulan por diferentes vías según se trate de personal funcionario o laboral y, desde esta consideración, las diferencias, ya no sólo de orden formal (régimen jurídico aplicable), sino de orden material, se hacen más evidentes.

---

<sup>310</sup> PARADA VÁZQUEZ, R.; "El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal", *Revista de Administración Pública* nº 67, 1972, pág. 46.

<sup>311</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.; "Flexibilidad en la Administración Pública: Una necesidad inaplazable", op. cit. pág. 34 y, PALOMAR OLMEDA, A.; "Incidencia de las nuevas reformas legislativas en la redefinición del Estatuto de los funcionarios públicos", *Revista de Administración Pública*, nº 134, 1994, págs. 381 y ss.

<sup>312</sup> MARINA JALVO, B.; *El régimen disciplinario de los Funcionarios Públicos*, 2ª ed. Madrid, 2001, señala que, "La separación del servicio es la más grave de las sanciones disciplinarias, prevista, en consonancia con lo anterior, frente a las infracciones más graves. Dicha sanción supone la ruptura de la relación funcionarial, por lo que en buena lógica procederá su aplicación en caso de conductas de tales características que hagan desaconsejable la continuidad de aquella relación", pág. 368.

<sup>313</sup> Para un estudio del poder disciplinario del empleador puede verse, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M<sup>ª</sup>F<sup>ª</sup>; *El poder disciplinario en el empresa*, Cívitas, 1991.

Ciertamente, aparte de la extinción de la relación funcionarial a causa de sanción disciplinaria por falta muy grave, los supuestos extintivos de la relación funcionarial por voluntad unilateral de la organización son raros. Es verdad que operan de un modo particular y dentro de un Plan de Empleo, la expectativa de destino<sup>314</sup> y la excedencia forzosa<sup>315</sup>, pero éstas se asemejan más a situaciones suspensivas de la relación de empleo público y concretamente, permiten establecer paralelismos entre la figura de los planes de empleo y las suspensiones por causas empresariales.

La relación laboral presenta un mayor grado de reversibilidad en comparación con la funcionarial, y eso aún en el empleo público que, como se conoce, es un ámbito en el cual las actuaciones de la administración-empleadora se hallan fuertemente reglamentadas igual que están sometidos a regulación los procesos de formación de la voluntad interna del órgano. Por lo tanto, esta “flexibilidad”, que tal vez representa la mayor aportación que la relación laboral puede ofrecer en el empleo público, no debe ser analizada sin tener presente, al mismo tiempo, la existencia de una abundancia de matices.

#### *5.1.1 La naturaleza pública de la organización como condicionante del procedimiento para la imposición de sanciones*

La consideración de la Administración Pública como una organización en el seno de la cual prestan servicios o desarrollan actividades un numeroso conjunto de colectivos, hace indispensable el establecimiento de sistemas de control y de

---

<sup>314</sup> La situación administrativa de expectativa de destino ha sido creada o recreada (SÁNCHEZ MORÓN, M. Derecho de la Función Pública, 1997.) por la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, como un efecto de la regulación de la reasignación de efectivos. Están en esa situación los afectados por una reasignación de efectivos que no hayan obtenido un nuevo puesto de trabajo en las dos primeras fases del proceso.

<sup>315</sup> En la legislación actual, los supuestos de excedencia forzosa son dos, entre ellos el supuesto del transcurso del plazo máximo de un año que dura la situación de expectativa de destino sin que se haya reasignado al funcionario a un nuevo puesto de trabajo.

mantenimiento de la disciplina interna. En este sentido, dicha capacidad es semejante a la que se reconoce a cualquier empleador de naturaleza no pública, más aún si se tiene en cuenta que entre los colectivos que para las administraciones públicas prestan servicios hay trabajadores sometidos al derecho del trabajo en cuya normativa se pueden encontrar regulaciones relativas a los incumplimientos y a las sanciones disciplinarias<sup>316</sup>.

No siendo por tanto discutible el reconocimiento de dicha capacidad de la organización administrativa con respecto a sus empleados, sin embargo, ésta posee además de los mencionados otro fundamento. Más allá del poder de dirección y control similar al que la ET (art. 20) reconoce a todo empleador, el fundamento de la potestad disciplinaria en el empleo público se encuentra también en la consideración de que con respecto a los empleados públicos resulta exigible, no sólo la observancia del cumplimiento de sus obligaciones como tales, sino la estricta observancia de otros deberes que trascienden el marco de la relación productiva que los vincula con la Administración pública para instalarse en el contexto del interés general<sup>317</sup>.

De este modo, consideraciones que no proceden en el ámbito de las relaciones de prestación de servicios entre privados, encuentran en el empleo público toda su razón de ser: fidelidad a la Constitución, incompatibilidades, imparcialidad, especial probidad y dignidad en el desempeño del servicio, consideración con el público,

---

<sup>316</sup> Algo que se ha puesto de manifiesto también desde la perspectiva de la doctrina administrativista al acometer el estudio del régimen disciplinario de los funcionarios públicos. Vid. MARTÍNEZ MARÍN, A.; *Régimen jurídico de los funcionarios*; Tecnos, 1999, pág. 116 y 117, que expresamente hace referencia a "los dos regímenes disciplinarios de nuestra función pública" exponiendo con algún detalle las líneas generales del que establece el estatuto de los trabajadores para el personal laboral.

<sup>317</sup> Vid. LAFUENTE BENACHES, M.; *El régimen disciplinario de los Funcionarios Públicos de la Administración del Estado*, Tirant lo Blanch, 1996, que señala que la potestad disciplinaria es un poder de la Administración Pública inherente a su organización y que tiene por objeto castigar conductas de los funcionarios públicos que supongan un perjuicio para los intereses públicos que tiene la Administración encomendados. Como la organización tiene fines colectivos fijados por el legislador, la potestad disciplinaria está encaminada a la defensa de esos intereses públicos y de ahí las peculiaridades que se pueden reconocer en el sistema, págs. 12, 14 y 15.

secreto, sigilo...etcétera, “son deberes que trascienden de la esfera del interés de la propia Administración como organización y que afectan a principios generales del orden constitucional”<sup>318</sup>. Es este un matiz de singular importancia en este ámbito y como tal, resulta apreciable en cada una de las dos normativas reguladoras de la responsabilidad y la disciplina de los diferentes colectivos, laboral y funcionarial, que prestan servicios para la Administración<sup>319</sup>.

Y es que una segunda consideración que cabe efectuar sobre el sistema disciplinario en el empleo público, es que se compone, al menos, de dos regímenes distintos según el tipo de empleado de que se trate. Así, pese a la apreciable coincidencia en su finalidad y sentido, serán normas jurídicas y procedimientos diferenciados los que recogerán dichos objetivos.

- a) El expediente disciplinario en el Convenio Colectivo Único como garantía de objetividad en el empleo público.

El Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral al Servicio de la Administración General del Estado, regula en el Capítulo XIV el régimen disciplinario. Se trata de una materia que por otra parte, aparece en la gran mayoría de los convenios colectivos que se pactan en muy distintos ámbitos. Sin embargo, lo que diferencia verdaderamente el régimen disciplinario de los trabajadores al servicio de la Administración es que, junto a la graduación de las faltas y la previsión de las sanciones que podrán imponerse en función de la misma, se contempla una concreta regulación para la tramitación y el procedimiento sancionador<sup>320</sup>. Por otra parte, esta específica previsión, que funciona como una mayor garantía para los trabajadores frente al despido, ha sido una práctica

---

<sup>318</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M.; *Derecho de la Función Pública*, 1997, pág. 272.

<sup>319</sup> De hecho, SÁNCHEZ MORÓN, M.; *Derecho de la Función Pública*, pág. 272, considera necesario el establecimiento de un régimen unificado de responsabilidad disciplinaria para los dos regímenes de empleo público.

<sup>320</sup> Art. 82 CCU.

generalizada en los convenios colectivos del sector público<sup>321</sup>.

La necesidad de tramitación del expediente disciplinario constituye una medida de garantía y de defensa del empleado público que no encuentra parangón, por lo general en el sector privado<sup>322</sup>. en el que destaca el deber de cumplimiento del principio de audiencia al interesado<sup>323</sup>. Así pues, en el CCU igualmente queda establecido que el incumplimiento de dicho principio dará lugar a la nulidad de actuaciones lo que obligará a retrotraer la tramitación de todo el procedimiento al momento en que se produjo dicho incumplimiento<sup>324</sup>. La satisfacción de la obligación de audiencia al interesado se concreta en el presente convenio, para las sanciones por faltas leves, imponiendo las mismas previa audiencia al presunto infractor y a los representantes de los trabajadores y la representación sindical en su caso. Para las sanciones por faltas muy graves, entre las que se encuentra el despido disciplinario, será preciso tramitar un expediente disciplinario<sup>325</sup>, que en contraste

---

<sup>321</sup> Refiriéndose a este particular, LÓPEZ GÓMEZ, J.M., *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, Cívitas, 1995, págs. 370 y 371, entiende que la necesidad de formalización de expediente disciplinario previo a la imposición de la sanción de despido disciplinario previo a la imposición de la sanción de despido podría ser justificada recurriendo al principio de objetividad que rige toda la actuación administrativa. No obstante, el autor afirma que aún resultando conveniente, el expediente disciplinario no es estrictamente necesario a los efectos de garantizar la objetividad de la actividad de la Administración.

<sup>322</sup> Salvo en el caso de ostentar el trabajador sancionado la condición de representante legal de los trabajadores, (unitario o sindical arts. 68 a) ET y 9 LOLS). Vid. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. y TASCÓN LÓPEZ, R.; "El régimen disciplinario: ¿hacia su laboralización en el sector público?", en: AA.VV.; *Las relaciones laborales en las administraciones públicas*, vol. I, MTAS, 2001, pág. 287.

<sup>323</sup> No hay en el ordenamiento laboral una recepción expresa del requisito de audiencia previa al interesado que, con carácter general, prevé el Convenio OIT nº 158. No obstante, existen normas legales que la imponen en determinados supuestos como por ejemplo el que se contempla en el art. 55.1 ET y 10.3 LOLS según el cual el empresario debe dar audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical cuando el despido afecte a un trabajador afiliado y al empresario le constase.

<sup>324</sup> Al interesado se le notificarán por escrito las actividades que vayan desarrollándose. Será de aplicación al procedimiento el régimen legal sobre derechos de los ciudadanos del artículo 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (art. 82 CCU).

<sup>325</sup> En caso de despido disciplinario de un trabajador que tenga la condición de representante legal de los trabajadores o de delegado sindical, el art. 55.1 ET dispone que procederá la apertura de expediente contradictorio. Sin embargo, en la tramitación de este expediente no se prevén expresamente trámites especiales, tan sólo se exige que se dé audiencia al interesado y a los



con lo que suele ser habitual en otros ámbitos, destaca por la regulación pormenorizada que recibe en el convenio<sup>326</sup>.

Con independencia de cuál sea el contenido concreto otorgado en el CCU al expediente disciplinario, con carácter previo, se aprecia en la enumeración de las faltas disciplinarias que los trabajadores pueden cometer con ocasión o como consecuencia del trabajo<sup>327</sup>, la convivencia de faltas cuya previsión es expresiva de un interés organizacional o relativo a la dimensión de la disciplina interna, junto a otras faltas cuya previsión responde en un mayor grado a la consideración del interés general y de la estrecha relación que con él guarda la prestación de servicios en una Administración Pública<sup>328</sup>.

En dicha pormenorizada regulación destaca la existencia de un pliego de cargos que deberá notificarse al trabajador, y que debe estar redactado de un modo lo suficientemente claro como para que en el transcurso de diez días, éste pueda proponer los medios de defensa que más le convengan. Es destacable de igual modo la regulación otorgada a la propuesta de resolución en la que deberán figurar todos los hechos declarados probados que se imputan al trabajador junto con la valoración jurídica de los mismos. Del expediente completo con la propuesta de resolución se dará traslado al Comité de Empresa y a la representación sindical que hubiera comparecido. En la resolución por parte de la autoridad competente se adoptará la

---

restantes miembros de la representación a la que perteneciese.

<sup>326</sup> La incoación podrá ser de oficio o mediante denuncia, debiendo constar en el escrito de incoación los hechos susceptibles de sanción y la designación de instructor. De dicho escrito se dará traslado simultáneamente al interesado, al instructor, a los representantes de personal y a los delegados sindicales de la sección sindical afectados por el expediente. La resolución se notificará al interesado con expresión de los recursos que procedan, órgano ante el que deben interponerse y plazo para ello. La resolución definitiva se comunicará al Comité de Empresa o Delegados de personal y a la representación sindical que hubiera comparecido en el procedimiento.

<sup>327</sup> Art. 80 CCU

<sup>328</sup> De este modo, junto a las previsiones relativas al incumplimiento de la jornada, o de los horarios o el abandono del puesto o el descenso del rendimiento...figuran también, incumplimientos relativos a la corrección en el tratamiento del público o de los usuarios del servicio público, la falta de sigilo en el tratamiento de datos o asuntos públicos, la deslealtad en el ejercicio de las funciones encomendadas...etcétera.

decisión de sancionar, o no. Es posible, igualmente, que se adopte la decisión de ordenar nuevas diligencias para esclarecer puntos confusos del expediente<sup>329</sup>.

Del régimen de tramitación del expediente disciplinario, destacan determinados elementos poco habituales en la regulación que normalmente se da a dichos procedimientos en los convenios colectivos de sectores distintos del público. Como se destacaba más arriba, la detallada previsión del mencionado expediente es signo de la presencia de una organización pública. De igual modo, sobresale en este ámbito el establecimiento de una posible suspensión provisional de funciones del trabajador expedientado. Por otra parte, el sólo hecho de que expresamente se prevea que para la determinación del alcance de la conducta del trabajador se deba tener en cuenta, entre otros factores, el posible daño al interés público, evidencia la trascendencia de dicha materia más allá de los estrictos intereses internos de la organización. Sólo a la luz de la regulación del régimen disciplinario de los funcionarios públicos y de la naturaleza pública de la administración puede situarse de manera conveniente la abundancia de matices propios que posee esta materia también como se ve, para los trabajadores.

b) La mayor influencia del interés general en el régimen disciplinario de los funcionarios públicos.

De modo que la Administración Pública como organización posee un interés en mantener la disciplina interna respecto del personal a su servicio; como organización pública, tiene además el deber de proteger patrimonio y recursos de naturaleza pública así como de velar por los intereses generales. A partir de esta doble consideración es clara la confluencia de ambos aspectos en la regulación del régimen disciplinario<sup>330</sup>. Pero en el ámbito de la Administración Pública existen dos

<sup>329</sup> Art. 82.4 CCU. En este último caso se dará traslado de las mismas al trabajador en el plazo de diez días hábiles para llevar a cabo alegaciones sobre las actuaciones últimas.

<sup>330</sup> Es una subespecie del derecho sancionador. Sobre éste último puede verse: PEMÁN GAVÍN, I.; *El sistema sancionador español. Hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas*, Cedecs, 2000.

regímenes disciplinarios diferentes como es propio de la existencia de, al menos, dos regímenes jurídicos diferentes, el laboral y el funcionarial, como sabemos.

En el derecho de la función pública, tras la existencia de diversas teorías sobre su naturaleza, acabó por imponerse aquella que defendía la naturaleza administrativa del poder disciplinario que encuentra su fundamento en la relación de especial sujeción que une a la Administración con sus funcionarios<sup>331</sup>. Ha sido precisamente, el entendimiento de las relaciones de función pública bajo la teoría de las relaciones de especial sujeción<sup>332</sup>, el argumento empleado como fundamento de la inaplicación en este campo de las reglas y principios del derecho sancionador común. Sin embargo, es necesario reinterpretar toda esta materia a la luz de los principios constitucionales como efectivamente se está llevando a cabo por parte de la Jurisprudencia<sup>333</sup>. Ciertamente, sólo deberían subsistir en este ámbito las peculiaridades o las diferencias del régimen común que se derivarán de la necesidad de especial tutela que demandan específicos intereses públicos que es necesario proteger. De este modo, “la singularidad del poder disciplinario de la Administración descansa, en última instancia, en el interés público cuya realización se encomienda a la organización administrativa”<sup>334</sup>.

Y a pesar de todo ello, es necesaria la influencia de los principios constitucionales también en este ámbito, lo que de hecho se ha producido a partir de

---

<sup>331</sup> “la obligación de prestar servicios, sea cual fuere su origen, crea un poder jurídico especial que se ejercerá en nombre del Estado o del cuerpo de administración propia sobre el obligado, para mantener y dirigir a éste en el cumplimiento exacto de sus deberes. Este poder es el poder jerárquico. (...) El poder jerárquico se ejerce de dos maneras distintas: la orden jerárquica y el poder disciplinario”, MAYER, O.; *Derecho Administrativo Alemán*, tomo IV, Depalma, pág. 65.

<sup>332</sup> Vid. *Consejo de Estado*, Dictamen nº 1289/1992, de 19 de noviembre, que se refiere a las relaciones de sujeción especial en base a las notas de sometimiento singular del individuo al poder público.

<sup>333</sup> SSTs (3ª) de 7 de oct. 1986 (RJ. 5319); de 15 de oct. de 1988 (RJ. 7983), de 31 de dic. de 1988 (RJ. 10278), de 26 de marzo de 1990 (RJ. 2217), de 23 de septiembre de 1991 (RJ. 7153), de 29 de jun. de 1992 (RJ. 6083).

<sup>334</sup> MARINA JALVO, B.; *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*, Lex Nova, 2001, pág. 30.

la recepción de los mismos por parte de la jurisprudencia, fundamentalmente. Así, los principios de legalidad, tipicidad, irretroactividad de las normas no favorables, prohibición de analogía *in peius*, *non bis in idem*, proporcionalidad, culpabilidad y extinción de la responsabilidad y prescripción, han dejado su impronta en la interpretación que del régimen disciplinario de los funcionarios públicos está siendo llevada a cabo.

La legislación aplicable en esta materia a los funcionarios de la Administración General del Estado está, en primer lugar en la LMRFP y en el Reglamento de Régimen Disciplinario (RRD). Sus previsiones deben complementarse con la jurisprudencia que ha contribuido a detallar los elementos integrantes de cada una de las ellas. Las faltas se clasifican en, muy graves, graves y leves y en su enumeración, que debe considerarse *numerus clausus*, se hallan tipificadas conductas que guardan una evidente conexión con la organización y la disciplina interna de la misma, como son “abandono del servicio” o “notoria falta de rendimiento” que se encuentran comprendidas entre las faltas muy graves, y otras conductas que guardan una relación directa con los deberes que se derivan para un servidor público en atención a la naturaleza de su prestación de servicios. Entre dichas conductas, se puede mencionar, “la falta de fidelidad a la Constitución en el ejercicio de la función pública”, o la “violación de la neutralidad o independencia políticas”. En general, es apreciable una abundancia de supuestos en los que es difícil separar nítidamente las dos facetas que se encuentran presentes en el entero sistema.

Por la comisión de las faltas pueden imponerse las sanciones disciplinarias que se encuentran reguladas por el art. 91 de la LFCE según la redacción dada a este precepto por la LMRFP. En la actualidad, las sanciones que se contemplan van desde la separación del servicio, pasando por la suspensión definitiva de funciones o el traslado con cambio de residencia, hasta el apercibimiento<sup>335</sup>. Pero lo que

---

<sup>335</sup> La separación del servicio es la sanción más grave reservada en consecuencia, a la comisión

caracteriza sin duda alguna el régimen disciplinario de estos empleados públicos se concentra alrededor del procedimiento disciplinario pues, a excepción de la sanción de apercibimiento para las faltas leves, no se podrán imponer sanciones por faltas graves o muy graves si no se hace en virtud de expediente instruido al efecto.

El mencionado procedimiento sancionador se encuentra regulado con detalle por la normativa aplicable<sup>336</sup> que contempla la regulación de todos los momentos que van desde el inicio que concluye con una resolución de incoación en la que se puede acordar la suspensión provisional del inculpado, el desarrollo en el cual se ordenará la práctica de las diligencias necesarias y la finalización del procedimiento con la elevación de propuesta de resolución y su notificación al expedientado para que éste pueda alegar cuanto considere conveniente en su defensa.

Considerando el sistema disciplinario como parte integrante del sistema de empleo público, es lógico que los interrogantes abiertos en la actualidad en torno a las formas de organización y gestión se hagan notar también en el marco de esta materia concreta resultando notable el modo según el cual se van abriendo camino las tesis que situarían las sanciones disciplinarias en el contexto de la potestad organizativa de la Administración Pública y en el de los valores constitucionales de eficacia y eficiencia<sup>337</sup>. Por todo ello, también en este aspecto resultaría aconsejable

---

de las infracciones más graves, con esta sanción se rompe la relación funcional, supone la pérdida definitiva de la condición de funcionario. La suspensión de funciones que también está prevista como sanción aplicable a faltas muy graves o graves (arts. 91.3 LFCE y 16 RRD), no podrá ser inferior a tres años ni superior a seis. El traslado con cambio de domicilio (arts. 91.3 LFCE y 16 RRD), ha planteado a la doctrina algún problema interpretativo relativo a la necesaria adaptación de dicha sanción con las exigencias constitucionales consagradas en el art. 19 CE que establece el derecho a fijar libremente la residencia. No obstante, como indica SÁNCHEZ MORÓN, M.; *Derecho de la Función Pública...* op. cit. pág. 256, "el deber de residencia debe entenderse hoy en un sentido funcional y no geográfico, por lo que el funcionario se entiende libre de elegir su lugar de residencia entre todos aquellos que le permitan el cumplimiento de sus funciones". Por último, la sanción de apercibimiento es la sanción aplicable en caso de infracciones leves y su imposición no precisa la tramitación de expediente disciplinario (arts. 91.4 LFCE y 17 RRD).

<sup>336</sup> La fuente que regula el procedimiento disciplinario es el RD 33/1986 de 10 de enero de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado.

<sup>337</sup> CASTILLO BLANCO, F., e ILDEFONSO HUERTAS, R.M., "Régimen disciplinario y

la regulación homogénea para laborales y funcionarios, se trataría de una regulación, que en idéntica línea a lo que ha sido destacado con motivo del estudio de otros aspectos, conciliara en una regulación homogénea, la suficiente flexibilidad y capacidad de adaptación en cada sector<sup>338</sup> junto a las debidas garantías de objetividad e imparcialidad propias de una organización pública<sup>339</sup>.

### 5.1.2 El despido disciplinario de los trabajadores al servicio de la Administración Pública

Dejando a un lado los procesos que se inscriben en un momento anterior a la propia efectividad de la extinción de la relación laboral de un trabajador en la Administración pública, no puede olvidarse una circunstancia que, desde ya hace tiempo, fue señalada con acierto a partir de los primeros estudios acerca de las peculiaridades de la empleadora pública<sup>340</sup>. Es un hecho que, “en materia de extinción contractual, podría plantearse una primera especialidad concretable en la imposibilidad de existencia de un margen para el despido improcedente entre el despido procedente y el despido nulo”<sup>341</sup>.

La cuestión por determinar es saber si una Administración Pública puede,

---

responsabilidad civil y penal en la función pública”, en: AA.VV., *Lecciones de Función Pública...* op. cit. pág. 529.

<sup>338</sup> En esta línea destacan las consideraciones de PRATS I CATALÁ, J. y COMPANY SANUS, J.; “Régimen disciplinario laboral y funcional en las administraciones públicas”, *Delitos de los Funcionarios Públicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 1994, pág. 30: “desde un punto de vista cuantitativo, es un hecho evidente la generalización y aumento de los contratos laborales en el seno de la Administración Pública. Sin embargo, esta convivencia de personal laboral y funcional no supone sometimiento a idéntico régimen disciplinario, por lo que en determinados supuestos la comisión de un mismo hecho acarrea la imposición de la misma sanción.”.

<sup>339</sup> Una aportación más a la corriente que defiende la unificación del régimen disciplinario de todos aquellos que prestan servicios en las administraciones públicas puede verse en: FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. y TASCÓN LÓPEZ, R.; “El régimen disciplinario: ¿hacia su laboralización en el sector público?”, en: AA.VV.; *Las relaciones laborales en las administraciones públicas*, vol. I, MTAS, 2001, pág. 290.

<sup>340</sup> SALA FRANCO, T.; *Incidencia de la legislación laboral en el marco de la función pública*, INAP, 1989.

<sup>341</sup> SALA FRANCO, T. op. cit. pág. 45.

discrecional y unilateralmente, acordar el cese efectivo de un empleado aunque el acto de su despido hubiera sido declarado improcedente por los órganos jurisdiccionales. Se entiende que no, y así, en caso de despido del trabajador al servicio de la Administración que se produjese sin que existiera una causa, y ello acarrearla la calificación judicial de improcedencia, sólo cabría la readmisión, pues la extinción del contrato no sería compatible, aún mediando indemnización, con la prohibición de la arbitrariedad en la Administración Pública. Pues si respecto del despido declarado improcedente, la Ley concede al empresario cierta arbitrariedad, el artículo 9.3 de la Constitución se lo prohíbe a la Administración<sup>342</sup>.

Cuestión distinta será si la declaración de improcedencia del despido se produce porque, a pesar de que existiera una causa objetiva y razonable que lo justificara, ésta no tuviese la gravedad suficiente como para acarrear la sanción del despido. En estos casos, se ha señalado que sí existe posibilidad de que la extinción del contrato se lleve a cabo mediante la opción por la indemnización<sup>343</sup>; del mismo modo se advierte que de no permitirse que la Administración Pública pueda dar por extinguida una relación laboral mediante el pago de una indemnización en caso de despido improcedente, se estaría “extendiendo en cierta medida al personal laboral una de las que hasta ahora era prerrogativa exclusiva de los funcionarios: la estabilidad real en el empleo”<sup>344</sup>.

A pesar de lo antedicho, ha sido frecuente que los convenios colectivos del sector público recojan la obligación de readmitir en esos mismos supuestos de modo que por esta vía se estaría asegurando la existencia de la mencionada estabilidad. Sin querer ir tan lejos, seguramente con buen criterio, los negociadores del CCU ha previsto expresamente en el artículo 60 del mismo, que el contrato de trabajo se extinguirá en los supuestos establecidos en el artículo 49 del Estatuto de los

---

<sup>342</sup> LÓPEZ GÓMEZ, J.M., *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, Cívitas, 1995, pág. 376.

<sup>343</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.; op. cit. pág. 36.

<sup>344</sup> LÓPEZ GÓMEZ, J.M., op. cit. pág. 378.

Trabajadores. No obstante, en los supuestos de despidos disciplinarios declarados improcedentes por razones de fondo, si la Administración optase por la indemnización (con la consiguiente extinción de la relación laboral), la norma le impone la obligación de informar de la decisión adoptada ante la Subcomisión Departamental en el plazo de cinco días, así como la obligación de dar cuenta semestralmente a la Comisión de Interpretación, Vigilancia, Estudio y Aplicación (CIVEA), de los supuestos de ese tipo de despidos. Se trata, pues, de una suerte de cautela o control leve del uso de esta facultad discrecional que posee la Administración como empleadora.

## **5.2. Las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en la extinción de la relación de empleo público.**

### *5.2.1 La progresiva consideración de las causas "empresariales" en la extinción de la relación de empleo público.*

Fuera del ámbito estrictamente disciplinario, la posibilidad de las organizaciones públicas de extinguir la relación de empleo público laboral alegando causas estrictamente "empresariales", es asunto largamente discutido. Esto es, si es posible la alegación de causas económicas, técnicas, organizativas o productivas para justificar la extinción de los contratos de trabajo en el empleo público. Como señaló PALOMAR OLMEDA<sup>345</sup>, no hay un Derecho del Trabajo para la Administración Pública empresario y otro para el resto. En un principio, las fórmulas contenidas en los arts. 51 y 52 del ET fueron concebidas por el legislador para que tuviesen su ámbito de aplicación situado en el contexto empresarial, pero una confluencia de factores han dibujado en la actualidad una realidad distinta. Entre estos factores se puede mencionar la mayor presión que hoy soportan las administraciones públicas para que la gestión a ellas encomendadas no sólo resulte

---

<sup>345</sup> *Planificación de los recursos humanos en el ámbito público*, Mc. Graw Hill, 1997, pág. 103.



eficaz, sino eficiente<sup>346</sup>. A pesar de que las peculiares características de las organizaciones públicas no hacen fácil identificar en su seno la “crisis”, es posible identificar en el contexto actual de la organización pública, situaciones que pueden justificar el recurso a estas vías de extinción.

La posibilidad de que las Administraciones recurran a fórmulas extintivas en el marco de procesos de reorganización productiva es discutible dada la diferente situación de partida entre los empresarios privados y las administraciones públicas. Resulta difícil justificar el empleo de estas medidas en el ámbito de las Administraciones pues en ellas no se encuentran elementos de competencia en el mercado<sup>347</sup>. Sobre todo, tratándose de grandes organizaciones públicas, no resulta fácil sostener la extinción de los contratos como un recurso al que acudir antes que buscar la reubicación del personal excedente en un departamento, en una sección o en una unidad administrativa<sup>348</sup>.

Dado que la justificación del empleo de dichas fórmulas de “ajuste duro” de plantillas estriba, en definitiva, en una causa económica debido a la situación del mercado en el contexto de una economía competitiva, se puede justificar la adopción de esta medida. Pero la incidencia de dichas causas económicas en el

---

<sup>346</sup> ARCE GÓMEZ, J.C.; *La extinción objetiva del contrato de trabajo. Despido por causas económicas y despidos objetivos. Régimen jurídico y tratamiento procesal*, Comares, 1997, pág. 109.

<sup>347</sup> Es posible sostener que la actividad de una Administración se halla sujeta a disposiciones presupuestarias, no compite en el mercado, lo que hace difícil pensar que tenga problemas de supervivencia o de viabilidad; STSJ Andalucía (Málaga), de 10 de mayo de 1996 (AS.1578), SSTSJ C. Valenciana de 26 de septiembre de 1997 (AS.3019) y de 12 de diciembre de 1997 (AS.4767) y STSJ Cataluña de 10 de julio de 1998 (AS.3191). Como ha señalado GUNTIÑAS FERNÁNDEZ, P.; “El nuevo art. 52 ET: El contrato indefinido causal. Un contrato temporal encubierto”, *Revista de Derecho Social* nº 20, 2002, pág. 126: “(...) cabría preguntarse si las AAPP deben buscar como fin primordial su rentabilidad económica, pues es evidente que gran parte de su actividad no conduce a ningún beneficio económico positivo-hablando, claro está, en términos meramente materiales-, siendo precisamente su misión garantizar servicios deficitarios. Por lo tanto no encontramos ante un problema de equilibrio presupuestario, sujeto inevitablemente a vaivenes o prioridades de carácter político.”.

<sup>348</sup> En este sentido, LÓPEZ GÓMEZ, J.M.; op. cit. pág. 381, considera más factible en esos casos, la suspensión de las relaciones para permitir su reingreso en las plazas que queden vacantes.

ámbito de la Administración Pública no es fácilmente justificable. Si bien es cierto que la Administración no es del todo ajena a las cambiantes situaciones del mercado y de la competencia, tratándose de un organismo público no puede argumentarse, para respaldar la decisión extintiva por la vía del despido objetivo, la falta de recursos económicos al tener aseguradas sus fuentes de financiación y al tener garantizada su existencia, razón por la cual no podría aplicarse en este ámbito el criterio interpretativo según el cual, las medidas se justifican si contribuyen a garantizar la viabilidad futura de la empresa<sup>349</sup>.

Sin embargo, la disminución de subvenciones, la constatación del déficit en un organismo público o la supresión de convenios con otras instituciones, se han considerado causas económicas justificativas de la extinción del contrato<sup>350</sup>. Los procesos de *privatización* de las funciones de dispensa de bienes y servicios<sup>351</sup>, operan como causas productivas, igual que la reducción de determinados servicios públicos por razones demográficas<sup>352</sup>. Como causa técnica, por otra parte, podría considerarse la introducción de maquinaria que sustituya la labor que hasta ese momento realizasen los trabajadores<sup>353</sup>.

Las causas de raíz organizativa pueden ser las que encuentren un ámbito de aplicación más amplio en el contexto público de entre todas las que en el ET se contemplan como supuestos que justifican el despido. La posible variación en los

---

<sup>349</sup> STSJ C. Valenciana de 26 de septiembre de 1997 (AS.3019).

<sup>350</sup> STSJ Andalucía (Málaga) de 10 de mayo de 1996 (AS.1578); STSJ Andalucía (Sevilla), de 25 de abril de 1997 (AS.3855); STSJ Andalucía (Sevilla), de 9 de mayo de 1997 (AS.3860).

<sup>351</sup> También cuando otro ente público asuma la prestación del servicio, STSJ Extremadura de 18 de mayo de 1998 (AS.5528).

<sup>352</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.; "Flexibilidad en la Administración Pública: una necesidad inaplazable.", *RTSS, Estudios Financieros*, nº 20, 1997, págs. 36 y ss: entiende que operan sin dificultad en el seno de las administraciones públicas "las demás causas de extinción de la relación laboral contempladas en el ET en la medida que cumplen la reserva de ley prevista en el art. 23.2 CE y no pueden ser consideradas como facultades de carácter arbitrario".

<sup>353</sup> ARAMENDI SÁNCHEZ, P.; "Problemas sustantivos y procesales adyacentes al enjuiciamiento de los despidos por causas económicas", *Documentación Laboral* nº 48, 1996, pág. 96.

finés encomendados a una organización pública o los cambios o modificaciones experimentados en las estructuras organizativas tienen una conexión real con las facultades autoorganizativas de la Administración. Ello indica el papel que en esta materia desarrollan las Relaciones de Puestos de Trabajo, que por la expresa previsión del art. 15.1 d) LMRFP, sólo mediante ellas se podrá crear, modificar, refundir, y suprimir puestos de trabajo. Como principal instrumento de ordenación de los puestos, las RPT tendrán una esencial influencia sobre la caracterización de los contratos de trabajo así como, en general, sobre los puestos de trabajo de la organización pública, incluso, como se sabe, sobre los funcionariales pues el tratamiento que dispensan es conjunto.

Sin embargo, la sola supresión de un determinado puesto mediante la modificación de la RPT no sería un supuesto habilitante por sí solo para que se pueda dar por extinguido el contrato de trabajo. En estos supuestos, sería preciso acudir a los procedimientos establecidos por la Ley para que la/s extinción llegara a producirse<sup>354</sup> y en todo caso, cabrían antes otras alternativas a la extinción, como la adopción de medidas de movilidad del personal haciendo uso así de las facultades de las que dispone la Administración empleadora<sup>355</sup>.

En todo caso, la aplicación del Derecho del Trabajo en el seno de las administraciones públicas, así como el fundamento que se encuentra detrás de dicha aplicación, la eficacia como principio de actuación administrativa (103.1 CE), y las líneas interpretativas abiertas por los tribunales en el enjuiciamiento de estos supuestos, han hecho posible el sostenimiento de una consideración extendida acerca de la admisibilidad, o al menos, del no impedimento de la aplicación de los arts. 51 y 52 c) ET<sup>356</sup>.

---

<sup>354</sup> LÓPEZ GÓMEZ, J.M., op. cit. pág. 383.

<sup>355</sup> Nos remitimos en este punto a los supuestos ya examinados de movilidad funcional y de redistribución de efectivos recientemente potenciados precisamente con la vista puesta en este propósito.

<sup>356</sup> Vid. GOERLICH PESET, J.M.; y NORES TORRES, L.E.; "Reestructuración de plantillas

Dentro de las posibles causas “organizativas” podría considerarse la cobertura reglamentaria de la plaza que hasta ese momento ocupaba un trabajador con contrato indefinido, no fijo de plantilla. Como es sabido, el Tribunal Supremo no ha acogido tal posibilidad y considera que la extinción de este contrato, en el supuesto de que la plaza se cubra con arreglo al proceso reglamentariamente establecido, se produciría por la vía del cumplimiento de una condición resolutoria que extingue el contrato de trabajo sin derecho a indemnización<sup>357</sup>.

Sin embargo, desde estas mismas líneas ya se ha apuntado la conveniencia de considerar los artículos 51 y 52 ET como las vías adecuadas para la extinción de los contratos indefinidos no fijos. Ello, no sólo no chocaría con la necesaria integración normativa que en las administraciones públicas se debe producir para conciliar la salvaguarda de los principios constitucionales y la aplicación de la norma laboral, pues es claro que la diferenciación entre trabajadores indefinidos que no pueden considerarse fijos de plantilla, responde precisamente a dicha salvedad<sup>358</sup>. Además, la admisión del despido objetivo en estos casos evitaría el tratamiento peyorativo que ahora recibe esta clase de trabajadores. Por otra parte, sí se admite la vía extintiva del despido objetivo en los supuestos de anulación judicial del proceso de selección<sup>359</sup>. En efecto, el Tribunal, ante la toma en consideración de las consecuencias que se derivarían para los contratos de trabajo cuando se anulan las bases del concurso previo, entiende que para proceder a la extinción de los mismos, puede acudir a las causas previstas en los artículos 51 y 52 c) ET.

---

en los entes locales: Un nuevo supuesto de dudosa aplicación del Derecho del Trabajo en la Administración Pública”, *Justicia Laboral* nº 4, 2000. Los autores, centran el estudio en el ámbito local debido a la mayor incidencia que en él presentan estas medidas debido a unas dimensiones más reducidas “que las hacen más adecuadas para suscitar la conflictividad a la que pueda tener acceso el laboralista”, pág. 9.

<sup>357</sup> STS de 27 de mayo de 2002, (RJ.9893).

<sup>358</sup> MORÓN PRIETO, R.; “La extinción del contrato indefinido no fijo de plantilla: supuestos, procedimiento y efectos.”, *Revista de Derecho Social* nº 14, 2001, págs. 206-207.

<sup>359</sup> STS de 10 de marzo de 1999, (RJ. 2124).

La otra circunstancia que determina, en parte, la pervivencia de obstáculos a la recepción de las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas en este ámbito, es la consideración de cada departamento como una “empresa” diferenciada lo que constituye un obstáculo importante para la toma en consideración global de la entera estructura organizativa. En el ámbito laboral, el mayor impedimento para la intercomunicabilidad del personal es el hecho de que cada departamento aparece como una empresa determinada. Téngase en cuenta que, sin posibilidad de intercambiar información relativa a las necesidades de personal, la organización de los recursos humanos en el ámbito público se ve privada de un elemento valioso para ejecutar una planificación eficiente y eficaz de los mismos<sup>360</sup>.

Ello contrasta, además, con la diferente concepción que se percibe al respecto en el derecho de la función pública, donde sí se “acepta sin condicionantes que el funcionario lo es, como regla, de la Administración en su conjunto y no de ninguno de sus órganos en concreto” todo ello sin perjuicio de que en función de la forma de provisión de los puestos, se puedan introducir determinadas matizaciones<sup>361</sup>. Tal vez el hecho de que las administraciones públicas, la estatal y la autonómica, tengan personalidad jurídica única y su consideración como grupo de empresas que funcionan unitariamente podría mejorar la interpretación de dichos aspectos<sup>362</sup>. No obstante, como se ve, dicha concepción no ha impedido que para la ubicación del ámbito concreto en el que deben entenderse presentes los presupuestos materiales

---

<sup>360</sup> PALOMAR OLMEDA, A.; *Planificación de los recursos humanos en el ámbito público*, Mc. Graw Hill, 1997, pág. 99.

<sup>361</sup> Como solución, ya se vio la propuesta de SALA FRANCO, T., et. alt. *La negociación en el empleo público*, MTAS, 2001, págs. 15 y 16, en el epígrafe 5.3 del Capítulo I de este trabajo, reitera una solución por él mismo ofrecida hace ya tiempo cuando detectó por vez primera estos problemas. Vid. *Incidencia de la legislación laboral en el marco de la función pública*, INAP, 1989, págs. 56 y ss. Dicha solución propone la toma en consideración de la Administración como un grupo de empresas pues se pueden percibir en este ámbito elementos tales como la caja única, la dirección única...etc.

<sup>362</sup> Si bien es cierto que en ese caso, será más difícil constatar la existencia de dificultades económicas pues habría que atender a todo el conjunto, vid. LÓPEZ GÓMEZ, J.M., op. cit. pág. 381 y GOERLICH PESET, J.M.; y NORES TORRES, L.E.; “Reestructuración de plantillas en los entes locales: Un nuevo supuesto de dudosa aplicación del Derecho del Trabajo en la Administración Pública”, *Justicia Laboral* n° 4, 2000; págs. 14 y 15.

que habilitan para el despido objetivo, se centre el examen en cada departamento o en cada uno de los organismos autónomos<sup>363</sup>.

### 5.2.2 Admisibilidad del despido objetivo efectuado por la Administración Pública.

En cualquier caso, ya se ha hecho referencia más arriba a una serie de circunstancias posibles que perfectamente constituirían supuestos específicamente administrativos y reconducibles a alguno de los supuestos habilitantes para la aplicación de los arts. 51 y 52 ET. Por otra parte, la Jurisprudencia se ha enfrentado ya a cuestiones relativas a la posibilidad de empleo por parte de la Administración de estos instrumentos de gestión y extinción de los recursos humanos y se puede decir que los pronunciamientos son ya numerosos<sup>364</sup>. Como se ha señalado, y a pesar de las consideraciones diversas que se puedan efectuar sobre el particular, es una realidad la abundancia de pronunciamientos jurisprudenciales sobre la cuestión, si bien, acogiendo soluciones diversas<sup>365</sup>.

Precisamente, las restricciones presupuestarias o, más en concreto, la falta de consignación presupuestaria, podrían operar en la actualidad claramente como una causa económica. En este sentido se inscribió la incorporación de una letra e) al art. 52 ET<sup>366</sup>, en virtud del cual, expresamente se permite la extinción por la vía del despido objetivo por insuficiencia de la correspondiente consignación para el

<sup>363</sup> LUQUE PARRA, M.; "El despido por causas empresariales en el ámbito de la Administración Pública" en: AA.VV.; *Las relaciones laborales en las administraciones públicas*, vol.1, MTAS, 2001, pág. 921.

<sup>364</sup> BENLLOCH SANZ, P.; "Notas acerca de la utilización del despido objetivo por una Administración Pública", *Aranzadi Social*, III/2001, págs. 3264-3269.

<sup>365</sup> Pueden citarse, entre otras, las siguientes: STSJ de Extremadura de 21 de marzo de 1997 (AS.1070), STSJ de Andalucía (Sevilla) de 25 de abril de 1997 (RJ.3855), STSJ de la Comunidad Valenciana de 26 de septiembre de 1997 ( AS. 3019), STSJ de Extremadura de 18 de mayo de 1998 (AS. 5528), STSJ de Cataluña de 2 de octubre de 1998 (AS. 4195) y STSJ de Aragón de 8 de mayo de 1999 (AS. 1438).

<sup>366</sup> Redactada según la Ley 12/2001, de 9 de julio (BOE del 10), de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.

mantenimiento del contrato de trabajo, cuando se trate de contratos indefinidos concertados directamente por las administraciones públicas (...), sin una dotación económica estable y financiados mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista.

De la nueva letra e) del art. 52 ET llama la atención, en primer lugar, la restricción de su ámbito de aplicación a las administraciones públicas. Esta previsión de figuras específicas para el empleo público, a la que se suma la aparición del contrato de inserción, facilita en la práctica la contratación laboral en este ámbito creando un “régimen jurídico sustancialmente más flexible”, incluso al que se aplica en el ámbito privado<sup>367</sup>. Una posible explicación para la introducción de este supuesto de despido objetivo es el propósito de facilitar la celebración de contratos indefinidos por organizaciones públicas que, por lo general, contratan trabajadores temporales para el desarrollo de actividades sujetas a financiación externa a través de planes o programas públicos<sup>368</sup>.

Por otra parte, más allá del debate sobre la admisibilidad de las fórmulas de extinción de los arts. 51 y 52 ET en el empleo público, la principal cuestión que debe ser abordada es aquella relativa al contexto y al procedimiento según el cual puede recurrirse a ellas. Por una parte, es necesario determinar si la vía del despido objetivo puede utilizarse sin más, o por el contrario es preciso enmarcarla dentro de algunas de las medidas de gestión de los recursos humanos previstos para las administraciones. En este sentido, se encuentran pronunciamientos judiciales que señalan cómo las propias peculiaridades derivadas de la naturaleza y de las condiciones de funcionamiento de las administraciones públicas hacen preciso que

---

<sup>367</sup> MOLERO MARAÑÓN, M<sup>a</sup> L.; “La consolidación de una nueva categoría contractual en el ámbito de la Administración Pública. El contrato temporalmente indefinido.”, *Relaciones Laborales*, n° 1, 2004, pág. 18. En la misma línea, vid. GUNTIÑAS FERNÁNDEZ, P.: “El nuevo art. 52 ET: El contrato indefinido causal. Un contrato temporal encubierto”, *Revista de Derecho Social* n° 20, 2002, pág. 127.

<sup>368</sup> ALARCÓN CARACUEL, M.R., “Reflexión crítica sobre la reforma laboral de 2001”, *Revista de Derecho Social*, n° 15, 2001, págs. 35 a 71.

la reorganización y reestructuración de los recursos humanos, tanto en lo referente al personal funcionario como laboral, se realice a través de la fórmula específica de los Planes de Empleo, dentro de los cuales es donde se podrá encuadrar la decisión extintiva de los artículos 51 y 52 ET.<sup>369</sup>

Como es sabido, el art. 18 de la LMRFP, en su redacción dada por la Ley 22/1993, de 29 de diciembre de Medidas Fiscales de Régimen Jurídico de la Función Pública y de Protección por Desempleo, contempla la posibilidad de que las administraciones públicas puedan elaborar Planes de Empleo tanto referidos a su personal funcionario como laboral. En este sentido, se ha señalado el carácter potestativo que se derivaría de los términos empleados por el legislador, para sostener que la institución de los planes de empleo, “no sustituye a las medidas ordinarias de gestión de personal, funcionario o laboral, sino que se acumula a ellas”<sup>370</sup>.

En cualquier caso, parece claro que la intención del legislador al introducir estas figuras era la puesta en marcha de sistemas de planificación de los recursos humanos con la consiguiente adopción de aquellas medidas más apropiadas y siempre dentro del contexto en el que se entendía conveniente su existencia. Para tal finalidad, la aprobación del Plan de Empleo no solo resulta apropiada en orden a la puesta en marcha de las medidas concretas sino que también constituye una garantía en este ámbito público.

Ciertamente, Administraciones de tamaño más reducido, como las locales, no encontrarán operativos los planes de empleo diseñados para estructuras más

---

<sup>369</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 25 de abril de 1997, AS. 3855 y STSJ C. Valenciana de 26 de septiembre de 1997, AS. 3019.

<sup>370</sup> Vid. GOERLICH PESET, J.M.; y NORES TORRES, L.E.; “Reestructuración de plantillas en los entes locales: Un nuevo supuesto de dudosa aplicación del Derecho del Trabajo en la Administración Pública”, *Justicia Laboral* nº 4, 2000, pág. 13; con apoyo en las SSTSJ Andalucía (Sevilla) de 25 de abril de 1997 (AS.3855) y de 9 de mayo de 1997 (AS.3860), en las que se hace referencia al carácter potestativo de los planes de empleo.



complejas y de una mayor extensión. Seguramente por ello, la DA 21ª LMRFP<sup>371</sup> establece la posibilidad de adoptar “otros sistemas de racionalización de los recursos humanos” a través de programas adecuados a las características de las CCAA o de las Corporaciones Locales. Sigue siendo una medida potestativa pero indica la voluntad de encuadrar la adopción de estas y otras medidas en el seno de una actuación de conjunto.

Sin duda, la preponderancia del interés público y la necesaria cautela en el tratamiento de un servicio público ante las dificultades que surjan en este ámbito, aconsejan la anterior interpretación. Y más aún, si cabe, si se toma en consideración otro de los aspectos relativos a la adopción de extinciones por la vía de los artículos 51 y 52 ET, como es el de la selección de los afectados. Es claro que en la empresa privada, a salvo la necesaria observancia de las garantías de los representantes de los trabajadores con prioridad de permanencia en estos casos y de las más extensiva prohibición de no discriminación, se contempla con bastante libertad dentro del ejercicio del poder de dirección y de organización del empresario, la determinación de los trabajadores afectados por algunas de estas medidas<sup>372</sup>.

Sin embargo, tratándose de una Administración Pública, es necesario objetivar la designación del personal afectado en la mayor medida posible como corresponde coherentemente, a una administración para la que el acceso se efectúa a través de mecanismos que aseguran el respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad<sup>373</sup>. Al no existir previsión normativa que a estos efectos pueda concretar en qué debería traducirse esta exigencia<sup>374</sup>, la existencia de un Plan de Empleo aparece aún más justificada como elemento garante de la selección no arbitraria de

---

<sup>371</sup> Introducida por la Ley 22/1993.

<sup>372</sup> También en el transcurso del período de consultas se podrá abordar esta cuestión que puede contenerse en el acuerdo al que se llegue con la representación de los trabajadores.

<sup>373</sup> Así lo sostenía, LÓPEZ GÓMEZ, J.M., op. cit. pág. 384.

<sup>374</sup> GOERLICH PESET, J.M.; y NORES TORRES, L.E.; “Reestructuración de plantillas en los entes locales: Un nuevo supuesto de dudosa aplicación del Derecho del Trabajo en la Administración Pública”, *Justicia Laboral* nº 4, 2000, pág. 19.

los trabajadores afectados<sup>375</sup>. En este sentido, la necesidad de razonamiento o de acompañamiento de una motivación de la selección de cada trabajador afectado por el despido es un requisito ineludible que se impone a la administración empleadora como condición que eliminaría cualquier atisbo de arbitrariedad contraria al art. 9.3 CE<sup>376</sup>.

### **5.3. El papel del Plan de Empleo en la extinción de las relaciones de empleo público.**

Para la mejor comprensión de la incidencia del Plan de Empleo en la organización y gestión de los medios humanos con los que cuenta una organización pública, es conveniente la referencia a lo analizado en capítulos anteriores de este trabajo en los que se han estudiado los diferentes instrumentos de gestión del personal o de los recursos humanos<sup>377</sup>. Son variadas las razones por las que resulta aconsejable enmarcar en el Plan de Empleo las posibilidades extintivas por parte de la Administración, pero entre ellas, merece la pena destacar que la existencia de un Plan de Empleo con la correspondiente, o por lo menos posible, redistribución o, incluso, reasignación de efectivos, proporciona ejemplos que abren posibilidades alternativas a la pura extinción de los contratos.

Así, dentro del contexto amplio que se dibuja con el Plan de Empleo, resulta posible la adopción de medidas alternativas que, logrando el redimensionamiento preciso en las plantillas, consigan homologar el tratamiento de los trabajadores de la Administración al que resultaría el propio de los empleados públicos. Y es que nos

---

<sup>375</sup> Los criterios adoptados pueden ser muchos y serán consecuencia del acuerdo al que se llegue en el marco del plan concreto, así, optar por la extinción en primer lugar de aquellos contratos que presenten alguna irregularidad o la determinación rigurosa de los puestos de trabajo afectados por la causa alegada para la adopción de la decisión de extinción, indican la conveniencia de efectuar dichas consideraciones en el marco de un Plan de empleo.

<sup>376</sup> LUQUE PARRA, M.; "El despido por causas empresariales en el ámbito de la Administración Pública" en: AA.VV.; *Las relaciones laborales en las administraciones públicas*, vol.1, MTAS, 2001, pág. 932.

<sup>377</sup> Vid. Capítulo II, en el epígrafe dedicado a la gestión de los recursos humanos y en concreto a la utilidad que pueden reportar los planes de empleo en la Administración pública.

hallamos frente a una seria disyuntiva; al admitirse sin condiciones las posibilidades de extinción que estamos viendo, la conclusión es que existe un modelo diferente de empleo público para unos empleados y para otros<sup>378</sup> en una materia tan delicada como la estabilidad en el empleo. Por el contrario, negar tal utilización puede llevar a consagrar una permanencia a ultranza del personal laboral, próxima al contenido del derecho al cargo funcional que tampoco depara efectos benéficos en unas organizaciones públicas con serios problemas de gestión.

En el contexto de un Plan de Empleo, sin embargo, se hace posible contemplar medidas intermedias o alternativas a la extinción siempre que sea posible tomar en consideración global el conjunto del empleo público y poder atender así a sus necesidades. Por ejemplo, la redistribución de efectivos<sup>379</sup>, en muchos casos, sirve de sustituto a la mera extinción de los contratos, resulta menos traumática y se demuestra eficaz y a la larga eficiente para la organización. Pero no es fácil, existen numerosos matices que no pueden dejarse sin previsión. Desde luego no se entienda que desde estas líneas se aboga por una petrificación o consolidación absoluta y rigurosa del empleado público, antes bien, se trata de incorporar lo más valioso que en términos cualitativos puede aportar el derecho del trabajo a las administraciones públicas: la flexibilidad. Pero lo que sucede es que, frecuentemente, esta flexibilidad se ha confundido con precariedad y así, en el empleo público se ha profundizado en la brecha abierta entre los dos colectivos que integran el personal a base de contrataciones temporales, mala gestión, confusión de cometidos, ausencia de responsabilidad y de manera creciente, sumándose mayores facilidades para la extinción<sup>380</sup>.

---

<sup>378</sup> PALOMAR OLMEDA, op. cit. pág. 104.

<sup>379</sup> Como se sabe, la redistribución de efectivos es una fórmula mediante la cual la Administración puede adscribir por necesidades del servicio a funcionarios que ocupen puestos no singularizados a otros puestos con el mismo procedimiento de provisión, nivel de complemento de destino y complemento específico, art. 20.1 d) LMRFP, y art. 59 RGIPP.

<sup>380</sup> MOLERO MARAÑÓN, M.L.; lo destaca también en, "Comentario a la STS de 27 de mayo de 2002. La creación jurisprudencial de una paradoja: El contrato temporalmente indefinido." *Revista electrónica IUSTEL*, 2003.

Por su parte, el derecho funcional tiene también algo muy valioso que aportar al empleo público: estabilidad. Pero estabilidad entendida, no como una permanencia a ultranza, absoluta del empleado, sino como una identificación del mismo con el puesto de trabajo que ocupa que, en definitiva, forma parte, siendo un eslabón más, dentro de la larga cadena que da forma a un servicio público. El empleo público debe ser sinónimo, no de privilegio, indulgencia y relajación en el cumplimiento del deber, sino de calidad, compromiso y profesionalidad. Y para ello se necesita estabilidad.

Bien asentada esta premisa, utilícenle adecuadamente los sistemas disciplinarios, determínese el porcentaje de temporalidad realmente, y verdaderamente, necesario. Acúdase, si es preciso, a medidas más traumáticas de redimensionamiento de plantillas por la vía del despido colectivo u objetivo. Empléese, en definitiva, el derecho del trabajo por la Administración, para conseguir una mayor agilidad y eficacia en el servicio público. Pero que no sirva el derecho del trabajo para desvirtuar un modelo, para eludir la aplicación de una normativa que tutela principios que sólo guardan un resquicio de vigencia puramente formal. El derecho del trabajo en el empleo público debe dejar de ser su peor mal para convertirse en su mejor remedio.

## **6. HACIA LA REGULACIÓN DE UN “ESTATUTO DEL EMPLEADO PÚBLICO”**

Anteriormente en estas páginas se ha hecho referencia a los elementos clave que sirven de parámetro para acotar el territorio reservado a la función pública en un sentido estricto. Pero una vez concretado el núcleo de actividades que, por comportar el ejercicio de autoridad pública o la salvaguarda de intereses generales, deben quedar reservadas a la función pública clásica, es obligado hacer referencia a la realidad que comporta el reconocimiento de que, dentro de lo que podamos llamar

empleo público<sup>381</sup>, se hallan muchas otras actividades, tareas, puestos de trabajo que hoy representan proporcionalmente el grueso de la actividad desplegada por las administraciones públicas, y que son llevadas a cabo por personal que mantiene con la administración, tanto una relación funcionarial, como laboral<sup>382</sup>.

En la actualidad son muchos los funcionarios públicos que desempeñan otro tipo de tareas, o lo que es lo mismo, no sólo son en nuestro empleo público, funcionarios públicos aquéllos que llevan a cabo tareas propias de autoridad o salvaguarda de intereses generales, también lo son, y en mayoría, aquéllos que desempeñan cualquiera de la multitud de actividades que se pueden llevar a cabo por las administraciones públicas hoy en día.

En su tarea, los funcionarios públicos se encuentran en una relación en pie de igualdad con los que se vinculan a la Administración a través de un contrato de trabajo. Funcionarios y laborales conforman el empleo público con lo que se puede decir que el empleo público es una realidad que va más allá de la función pública. Así pues, haciendo abstracción de las peculiaridades de los diferentes regímenes jurídicos a través de los cuales sus prestaciones de servicio se articulan, se trata de identificar qué elementos comunes se pueden encontrar como para poder llamarlos, a unos y a otros, empleados públicos.

La relación de empleo público es una relación prestada de modo libre, retribuido, bajo la dependencia y por cuenta ajena. Dándose en una prestación de servicios, con más o menos claridad, las notas de ajenidad y dependencia, se hace cada vez más difícil, incluso aunque se recurra a las tesis administrativistas sobre las relaciones de sujeción especial, negar con un fundamento razonable la proximidad

---

<sup>381</sup> IZQUIERDO HERNÁNDEZ, J. y MOLINA GARCÍA, M.; *La laboralización de los funcionarios públicos*, Tirant lo Blanch, 1998, pág. 13, también hacen referencia a “este fenómeno diversificado del empleo en el seno de la Administración Pública.”

<sup>382</sup> Vamos a dejar a un lado en este momento otras posibles formas de vinculación de los sujetos con la Administración para la prestación de servicios pues ya se trata en otra parte de este trabajo. Me refiero, por ejemplo, y fundamentalmente, a los contratados administrativos.

con las relaciones laborales. Pero, al mismo tiempo, ya que tal prestación de servicios se lleva a cabo para una entidad pública, resulta igualmente un hecho que la relación jurídica que da cobertura a la prestación de servicios, no se desarrolla en un contexto ordinario. Así que el resultado no es fácil, la realidad de un sujeto público empleador proyecta sobre esa relación peculiaridades tales que se hace imposible poder hablar de relación laboral, sin más, al servicio de la Administración Pública.

En nuestro sistema de empleo público se perciben elementos provenientes de los dos tipos de regímenes de prestación de servicios así es que estamos ante un sistema de empleo público “híbrido”<sup>383</sup>, como consecuencia de la convivencia de influencias contrarias en una misma realidad. Existen elementos de unificación para la totalidad de los empleados públicos, así, es posible enumerar bastantes materias que se encuentran reguladas de un modo similar para funcionarios y laborales tales como, la aplicación de unos mismos instrumentos de gestión y de planificación de efectivos, los mecanismos de selección, el tratamiento de la jornada, los horarios, los permisos y las licencias, las incompatibilidades o la seguridad y la salud en el trabajo, entre otras materias. Pero, al tiempo, subsisten elementos de separación de gran importancia relativos a la jurisdicción competente, al ejercicio de los derechos colectivos de representación, participación, negociación y conflicto, o el hecho mismo de la diferente naturaleza jurídica de las normas reguladoras del estatuto de cada uno de los colectivos<sup>384</sup>.

Se ha abundado suficientemente sobre la polémica, aún sin cerrar, en torno a cuál sea la opción constitucional sobre la presencia de personal laboral prestando

---

<sup>383</sup> MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.; “La regulación homogénea de las relaciones de trabajo dependiente en la función pública”, *Revista de Derecho Social*, n° 7/1999, pág. 217.

<sup>384</sup> También desde la propia Dirección de la Función Pública se ha puesto de manifiesto dicha circunstancia, en este sentido, puede verse la descripción que realiza, CATALÁ POLO, R.; “El régimen jurídico de los empleados en los sistemas privados de gestión de los servicios públicos. Aproximación de regímenes en la Administración General del Estado”, *Documentación Administrativa* n° 243, 1995, págs. 113 a 131.

servicios para las administraciones públicas. Es innecesario por ello volver de nuevo en estas líneas sobre aquello a lo que ya se ha hecho referencia. Sin embargo, y a pesar de remitirnos a lo ya estudiado, sí se tomarán como punto de partida del presente análisis, algunos postulados del debate. Como se sabe, el presente trabajo suscribe la tesis de que entiende que la opción constitucional en esta materia es neutral. En este sentido, se ha escrito ya que si el constituyente, en el contexto de progresiva entrada de personal laboral en las dependencias públicas, y ante el estado general y las tendencias que ya eran patentes en el empleo público de la época, hubiera querido cerrar esta alternativa, lo hubiera hecho de un modo claro puesto que, necesariamente, si en la Constitución se hubiera querido reducir el papel del personal laboral al campo de lo excepcional, "ello hubiera dado lugar a una declaración expresa en este sentido mucho más contundente"<sup>385</sup>.

Por consiguiente, si la opción del constituyente en lo relativo a esta cuestión no estuvo dirigida, ni a la limitación, ni a un establecimiento más rotundo, quedando configurada como una posibilidad más y teniendo en cuenta, la vaguedad del término *funcionario público* que no está sujeta a un significado unívoco, y la variedad de significados que posee el término *estatuto* que no tiene por qué identificarse únicamente con un régimen jurídico-público de prestación de servicios, es posible sostener la existencia de un personal que presta sus servicios a la Administración Pública al que podemos llamar empleado público.

No será esta la primera, ni tampoco la última vez que se planteen cuestiones referidas a la regulación del empleo público desde una concepción unitaria. Son ya abundantes los estudios<sup>386</sup> que desde una perspectiva u otra vienen a incidir en algo

---

<sup>385</sup> LÓPEZ GÓMEZ, J. M.; "La relación laboral especial de función pública del personal laboral de las Administraciones Públicas", *Revista de Derecho Social* nº 7/1999, pág. 232.

<sup>386</sup> RENTERO JOVER, J.; "Sobre la relación de empleo público laboral", *Revista de Derecho Social* nº 11/2000, págs. 85 a 102; MARTÍNEZ ABASCAL, V. A. "La regulación homogénea de las relaciones de trabajo dependiente en la función pública", *Revista de Derecho Social* nº 7, 1999, págs. 213 a 228; LÓPEZ GÓMEZ, J. M.; "La relación laboral especial de función pública del personal laboral de las Administraciones Públicas", *Revista de Derecho Social* nº 7, 1999, págs. 229 a 247. CORDERO SAAVEDRA, L.; *Régimen de trabajo en las Administraciones Públicas*,

que constituye lo realmente importante de esta cuestión y es lo relativo a las peculiaridades que se aprecian en la relación laboral de los trabajadores al servicio de la Administración y la hipotética posibilidad de tender puentes con el resto de personal que presta sus servicios en condiciones y con contenidos parecidos. Ello justificaría la existencia de una regulación unitaria. En esta línea se analizan los puntos de acercamiento, las peculiaridades de los empleados laborales que los aproximan más a los funcionarios públicos que al resto de los trabajadores del sector privado.

Con ello se apunta en la dirección que va hasta una cuestión de hondo calado y que se encuentra latente bajo la superficie de toda la materia. Una cuestión que aún no ha sido planteada por el legislador y que se refiere a la hipotética regulación unitaria de la totalidad del empleo público por medio de la cual converjan en un estatuto común funcionarios y laborales. Esta cuestión se halla al menos esbozada, pues en algunos aspectos, las intervenciones reguladoras han buscado expresamente la extensión de sus efectos a todo el personal. Ejemplos de este particular los encontramos en materias como la seguridad y salud, las incompatibilidades del personal, los permisos y las vacaciones del personal....etc. La propia doctrina del Tribunal Constitucional, a través de numerosas sentencias ha dejado ver con suficiente claridad que el hecho de ser la Administración Pública el sujeto contratante es “un factor relevante de diferenciación” que justifica la diferencia en el régimen de prestación de servicios del personal laboral en la Administración Pública<sup>387</sup>.

Es entonces necesario estudiar cuáles serían las peculiaridades que reviste esa

---

Laborum, 2003, págs. 69 a 78.

<sup>387</sup> LÓPEZ GÓMEZ, J.M.; *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*; Cívitas 1995, ensaya a modo de epílogo la posibilidad de que el legislador introduzca la modalidad del contrato de trabajo en la Administración como una modalidad de relación laboral de carácter especial.



relación de empleo público. Porque, como se ha señalado,<sup>388</sup> lo único que la Constitución prohíbe es que la “ley diseñe un sistema de función pública exclusivamente integrada por personal laboral sin peculiaridad alguna respecto del estatuto de los trabajadores”. Es claro que la relación jurídica que mantiene el personal al servicio de la Administración con ésta su empleadora se compone de ciertos elementos característicos que modalizan, por mandato constitucional los aspectos relativos al acceso, las incompatibilidades y otras garantías. Ello ha llevado a algún autor a sostener que, dejando a salvo algunos imperativos constitucionales como los anteriormente señalados, no existan problemas para que el régimen estatutario de los funcionarios públicos fuera similar al de los trabajadores.

Dicha afirmación no es compartida desde estas líneas. Aquí es donde se da verdaderamente el problema fundamental, porque en el empleo público, según se ha visto, se están desempeñando, en muchas ocasiones, iguales funciones por parte de empleados, funcionarios y laborales, con desiguales regímenes. La solución no es laboralizar ni tampoco funcionarizar. La solución, en términos posibilistas, consistiría en elaborar un estatuto marco para el empleo público<sup>389</sup>. Ello representaría, al menos, un primer paso, aunque se mantuviera la diferencia de regímenes.

Aunque la flexibilidad interna que sin duda concede el derecho del trabajo es un instrumento favorecedor de la necesaria eficacia en la gestión de los servicios, a estas alturas, no es posible preconizar, sin más, una opción laboralista para la función pública. Lo que se debe hacer es elaborar, consensuadamente un estatuto del empleado público que reúna las características propias de este tipo de personal y lo

---

<sup>388</sup> LÓPEZ GÓMEZ, J. M.; “La relación laboral especial de función pública del personal laboral de las Administraciones...op. cit. pág 232.

<sup>389</sup> En esta línea se han avanzado ya, anteriormente, otras propuestas, como por ejemplo la sostenida por FONDEVILA ANTOLÍN, J.; *Constitución y Empleo Público. Estudio y propuestas en relación a un régimen jurídico común*, Comares, 2000; quien propone la elaboración de unas normas marco del empleo público como vía de consecución de un régimen jurídico común; vid. págs. 165 y ss. No obstante, el presupuesto de partida para el autor es el de una opción general o preferencia por el régimen funcionarial de relaciones de empleo público.

haga si puede ser, haciendo abstracción del concreto régimen jurídico público y jurídico privado en el que se prestan los servicios. Ciertamente, hay determinados elementos, característicos de la relación laboral cuando ésta se realiza al servicio de una Administración Pública, que nos permiten acotar con claridad las diferencias o las peculiaridades. Enseguida se podrá comprobar que existe una coincidencia con aquellos rasgos que ya habían quedado en el Capítulo I identificados como configuradores de un paradigma del empleado público.

Por otra parte, además, a este dato hay que añadirle una consideración más que es la de que por otra parte, los funcionarios también han experimentado en su marco regulador un proceso de acercamiento al régimen laboral en numerosos aspectos de su estatuto regulador, por ejemplo, en su sistema retributivo, en la regulación de la jornada y de los permisos, en los mecanismos reguladores de la movilidad, incluso en los mecanismos de negociación colectiva.

A mi juicio, la posición más sensata acerca de esta cuestión es aquella que recoge los principios que desde la Constitución informan el marco de lo público<sup>390</sup>. A partir de ahí, es claro que en el texto constitucional se ha diferenciado el régimen del empleo público frente al régimen jurídico de los trabajadores en el sector privado. Al mismo tiempo, hay que tener presente, como ya se ha visto, que no se deriva de la Constitución una prohibición expresa acerca de la admisibilidad de los contratos de trabajo pero lo que sí existe, se puede decir que es casi lo único que expresamente sí se dice en el texto constitucional, es el reconocimiento de la especialidad del régimen del empleo público<sup>391</sup>.

---

<sup>390</sup> CASTILLO BLANCO, F.; "Reflexiones en torno a la construcción de un nuevo sistema de empleo público", AA.VV.: *Lecciones de Función Pública*, CEMCI, 2002, pág. 41.

<sup>391</sup> Podemos seguir en este punto lo que argumenta el Tribunal Constitucional en Autos 100/1998, de 6 de junio y 858/1988, de 4 de julio: "Es evidente que la contratación de personal para la Administración Pública no debe verse sujeta, por imperativo del art. 14 CE, a las mismas reglas que la contratación entre particulares, pues tal carácter de Administración Pública es, por sí mismo, factor de diferenciación relevante en atención, precisamente, a otros mandatos constitucionales (arts. 23.2 y 103.3) y, en todo caso, a mandatos legales justificados por las exigencias de publicidad, libertad de concurrencia, mérito y capacidad en el ingreso como personal

Los artículos 23 y 103 CE contienen ciertos principios que necesariamente se deben salvaguardar en este contexto. Podrá verse, después, con qué nivel de intensidad deben salvaguardarse, en relación con el tipo de funciones públicas de que se trate, pero no cabe duda de que el escrupuloso respeto de su vigencia caracteriza cualquier relación jurídica que pueda darse en este marco. Y luego es verdad que se podrá tener personal laboral, cuyo estatuto aparece mencionado en la Constitución, o estaremos frente a funcionarios públicos que también poseen una expresa mención a su estatuto. Ello ha sido puesto de manifiesto<sup>392</sup> para resaltar el hecho de que no caben regímenes intermedios que se puedan construir sobre la base de un “*tertium genus*”, lo cual es por otra parte generador de mayores conflictos que aquellos que persigue resolver.

La relación de empleo público proyecta sus efectos, tanto sobre las relaciones funcionariales como laborales. Cuestión distinta será después, circunscribir las funciones públicas en sentido estricto a un ámbito más restringido vinculado al ejercicio de autoridad o salvaguarda de intereses generales. Fuera de ese núcleo también se hallan en juego intereses públicos, presupuestos públicos, prestaciones de servicios esenciales para la sociedad, en una palabra: servicios públicos. En consecuencia, es obligado que en este ámbito se respeten los principios reguladores del empleo público.

Ahora bien, si ya es una realidad la proximidad de funciones, de contenidos, incluso de obligaciones y derechos entre funcionarios y laborales en este segundo ámbito, segundo círculo al que estamos haciendo referencia, sería cuestión de plantearse si existen obstáculos insalvables como para poder establecer ya no de hecho como hasta el momento, sino de derecho la regulación de un estatuto común para todos estos empleados públicos, funcionarios y laborales. Deberá ser un

---

al servicio de la Administración”.

<sup>392</sup> CASTILLO BLANCO, F.; “Reflexiones en torno a la construcción de un nuevo sistema de

estatuto que procure un marco lo suficientemente flexible como para que se pueda adaptar convenientemente a las regulaciones específicas que demande cada colectivo según el tipo de funciones que lleven a cabo pues no es evidentemente lo mismo trabajar en unos servicios sociales que en actividades comerciales o trabajar en actividades docencia, que en la gestión del funcionamiento interno de unas dependencias públicas<sup>393</sup>.

No sería la primera vez que algo así se ensaya en nuestro empleo público. Podría ser un buen ejemplo la técnica de regulación que efectúa la Ley Orgánica de Libertad Sindical que, a los efectos del reconocimiento del derecho, considera incluidos en su ámbito de aplicación tanto a trabajadores como a funcionarios y ello no es obstáculo para que después se reconozcan las especialidades, o limitaciones incluso, que existen para ciertos colectivos en razón de su naturaleza.

Así pues, la LOLS regula unitariamente la libertad sindical de los trabajadores y de los funcionarios y así lo anuncia el propio artículo 1.2 en el que se dispone que “a los efectos de esta Ley se consideran trabajadores tanto aquellos que sean sujetos de una relación laboral como aquellos que lo sean de una relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las Administraciones Públicas”. Esta regulación unitaria no impide que exista además una específica regulación de determinadas peculiaridades que poseen los funcionarios públicos en materia de órganos de representación, y en la participación en la determinación de las condiciones de trabajo<sup>394</sup>.

---

empleo público”, AA.VV.: *Lecciones de Función Pública*, CEMCI, 2002, pág. 41.

<sup>393</sup> En esta misma línea lo expresa CASTILLO BLANCO, F.; op. cit., pág. 43; “Todo ello, sin perjuicio, claro está, de la consideración homogénea de todos los empleados públicos y la subsiguiente superación, asimismo, de la distinción entre empleado laboral y funcionario público mediante el establecimiento de un *minimun* de garantías, derechos y deberes de todos los empleados públicos, a partir del cual, y en consideración de la específica relación de empleo público que se aborde, se matizaría el alcance de los mismos.....”.

<sup>394</sup> Así, se puede ver la Ley 9/1987 de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las administraciones públicas.

De modo que la Constitución Española, a pesar de reconocer la existencia de las diferencias entre el régimen laboral de los trabajadores y el régimen estatutario de los funcionarios “hace converger a ambas situaciones jurídicas en el reconocimiento de los derechos colectivos”<sup>395</sup>. Del mismo modo, pues, ¿porqué no reconocer que pueda existir un tratamiento unitario en lo atinente a su común condición de empleados públicos sin que ello obste al reconocimiento de la existencia de dos regímenes jurídicos distintos?

En idéntica línea se orientaba la reflexión de SUPLOT sobre la relación entre el trabajo público y el privado. En estas reflexiones, el autor se cuestiona la posibilidad de llegar a consensuar la manera según la cual puede llegarse a la satisfacción del interés general a través de determinadas normas laborales. La existencia de las mismas vendría justificada por la índole del servicio prestado, haciendo abstracción del régimen jurídico en el que éste se preste. Es decir, que lo realmente relevante es el contenido de lo que es el objeto sobre el cual se trabaja: satisfacción de intereses generales, servicios públicos, actividades prestacionales...y ello hace preciso, a juicio de este autor, ponerse de acuerdo para el establecimiento de ciertas normas, que podrían ser comunes para lo público y lo privado, y que satisficieran las exigencias de universalidad, de continuidad y de calidad de cada servicio<sup>396</sup>.

Es esta, a mi juicio, otra manera de enfocar la misma cuestión, la naturaleza de la actividad que se presta es la que justifica la existencia de determinadas especialidades en el régimen jurídico regulador de las prestaciones de servicios. Este es el elemento que tienen en común funcionarios y trabajadores. Es verdad que hasta ahora se ha puesto siempre el acento en subrayar las diferencias entre uno y otro colectivo. Pues bien, la tendencia a ver qué tienen en común unos y otros, que no es en mi opinión, nada más y nada menos que el contenido de sus actividades, se revela como una línea que se sitúa, creo yo, en la misma dirección a la que apuntamos: La

---

<sup>395</sup> Puede verse el trabajo de LAHERA FORTEZA, J.; *La titularidad de los derechos colectivos de los trabajadores y funcionarios*, CES, Madrid, 2000, págs. 78 y ss.

posibilidad de regulación de un estatuto para el empleado público<sup>397</sup>.

---

<sup>396</sup> SUPLOT, A.; op. cit. pág. 718.

<sup>397</sup> Si bien es cierto que SUPLOT, va incluso más allá, porque parece referirse a la posibilidad de que estas determinadas normas que unificarían las relaciones de servicios prestados en materias relacionadas con los intereses generales, incidiría, afectaría también a los trabajadores al servicio de empresas privadas, y no sólo al empleo público.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.** La organización del empleo público es producto de una diversidad de factores, entre los cuales encuentran un lugar destacado algunos de orden evolutivo: fragmentación y dualidad. La dispersión existente entre diversos colectivos de empleados y la tensión dialéctica entre ellos, ha caracterizado el empleo público desde el principio. Sólo conociendo esta clave, es posible el cabal entendimiento de muchos rasgos presentes en el empleo público de hoy en día. La tensión entre el corporativismo de los cuerpos especiales y la pugna de los cuerpos generales por lograr en su estatuto las mismas condiciones de estabilidad, atraviesan la historia de la Administración decimonónica llegando a nuestros días.

En paralelo se advierte, también desde un principio, la existencia de un tipo de personal de contornos borrosos en su régimen jurídico, que constituye un antecedente directo de la figura del personal laboral en la Administración Pública. El criterio de la manualidad había funcionado como elemento diferenciador relevante entre quienes no alcanzaban la consideración de empleados públicos y aquellos que sí adquirirían dicha cualidad en función del carácter intelectual del trabajo que desarrollaban. Prontamente, este criterio diferenciador perderá relevancia al compás de la creación de cuerpos de funcionarios que ejecutan tareas manuales. Al tiempo, el desarrollo de un Derecho del Trabajo en ciernes, que experimenta un impulso decisivo con una expansión notable de su ámbito y que alcanza a la prestación de trabajos de cualquier clase, y no sólo a los de tipo manual, acabará de producir la confusión entre tareas. A partir de ese momento, la existencia de personal que, bajo diferentes regímenes jurídicos, realiza funciones semejantes, acompañará en lo sucesivo a la Administración Pública.

**SEGUNDA.** Igualmente, pueden situarse en un proceso evolutivo los principales elementos configuradores del modelo de prestación de servicios en la Administración Pública. Su presencia es una constante que llega hasta el momento

actual. Así, la búsqueda de la estabilidad del empleado y su independencia del poder político, son finalidades inherentes al progresivo establecimiento de mecanismos objetivos para su selección e ingreso. También la organización del trabajo y el modo de provisión de los puestos constituyen un factor importante para la configuración del sistema, a veces mediante clases, a veces mediante escalas y otras mediante categorías de empleados, hasta acabar conformando un esquema de carrera profesional que alcanzará una importancia trascendental en el desarrollo del modelo.

**TERCERA.** El hito de mayor trascendencia en la conformación progresiva del modelo de empleo público es la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978. Sus efectos se dejarán sentir y marcarán un antes y un después en nuestro sistema. De un modo exhaustivo se ha tratado ya la configuración constitucional de una Administración que debe servir con objetividad a los intereses generales de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación. De igual modo, se ha estudiado la configuración constitucional de la función pública, de la reserva de ley para la regulación de su estatuto, del acceso de acuerdo con los principios de mérito y capacidad y de la necesaria garantía de imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.

Ahora bien, la interpretación y el entendimiento del art. 103.3 CE desde la consideración de su neutralidad respecto a la presencia de personal laboral en la Administración Pública, es clave para la aceptación de un modelo de empleo heterogéneo en lo tocante a los regímenes del personal. Bien entendido que la diversidad no obsta a la aplicación homogénea de los principios constitucionales cualquiera que sea el régimen jurídico aplicable.

Si la entrada en vigor de la Constitución arrojó una luz nueva sobre los elementos configuradores del empleo público, singular trascendencia revistió, a efectos del régimen de prestación de servicios, el reconocimiento constitucional de los derechos colectivos. La efectiva materialización de éstos, a través del doble camino del



reconocimiento del derecho de Libertad Sindical a los funcionarios públicos y por el efecto mimético que trajo consigo la generalización de la contratación laboral, implantó una lógica colectiva en las relaciones productivas transformándolas sustancialmente. Sin perjuicio de que la recepción de estos derechos se encuentra necesariamente mediatizada por los fines y la naturaleza jurídico-pública de la Administración, sólo la negociación colectiva, a pesar de las evidentes insuficiencias que presenta y siempre dentro de respeto a la reserva de ley, puede conseguir lo que formalmente se presenta como inabordable: un tratamiento más homogéneo del personal.

**CUARTA.** La Ley de Medidas de Reforma de la Función Pública es el desarrollo de una concreta interpretación del modelo constitucional que tuvo que ser retocada en algunos aspectos de su contenido como consecuencia de la STC 99/1987. Con ello se hacía evidente la existencia de un profundo e inacabado debate sobre el modelo de empleo público que no ha perdido hoy ni un ápice de vigencia. La existencia de una dualidad de regímenes constituye un rasgo conflictivo y muy destacado alrededor del cual gira el debate acerca de la razón de ser de un modelo estatutario y la interpretación doctrinal que defiende un modelo constitucional neutro. En todo caso, los efectos de la Ley de Medidas son relevantes para la regulación de instituciones nucleares de las relaciones de empleo público. Es además, el modelo sobre el que se han ido superponiendo reajustes e intervenciones puntuales que conforman un estado actual de la cuestión desordenado y carente de un criterio rector claro.

**QUINTA.** También con fundamento constitucional, el principio de eficacia ha irradiado sus efectos sobre la Administración. La proyección del principio de eficacia sobre el empleo público ha dado lugar a una variedad de mecanismos de gestión del personal y al incremento de la contratación laboral. No obstante, tanto las técnicas de gestión, como los procesos descentralizadores o la contratación laboral, deben necesariamente ser matizados por la consideración de los fines del

ámbito en el que operan y por la naturaleza jurídico-pública del mismo. La ineludible modalización que estas consideraciones provocan sobre los modos de organización y gestión en el empleo público, se convierte en un elemento vertebrador del mismo. Los efectos que produce la puesta en contacto del principio de eficacia con el funcionamiento propio de una organización pública, se advierten con claridad en tres parcelas.

**SEXTA.** Por una parte, la idea de que una gestión más eficaz del empleo público puede resultar entorpecida por la necesidad de mantener los parámetros propios del derecho público, ha determinado un notable incremento de la presencia de personal laboral en la Administración. Con ello se ha profundizado aún más en la brecha abierta entre los dos regímenes de empleados en este ámbito. Así, la dualidad atraviesa la entera estructura organizativa condicionando cualquier medida ordenadora del personal.

La elaboración de un concepto comunitario de empleo en la Administración Pública llevada a cabo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se puede convertir en una valiosa contribución para la superación de la dualidad. Se trata de un concepto que, por ser más restringido, constituye una vía útil para la conciliación de la existencia de funcionarios y laborales y permite delimitar actividades y diferenciar función pública y empleo público. El empleo público comprende toda prestación de servicios para la Administración Pública con independencia del régimen jurídico regulador la misma. En este contexto es posible, del mismo modo en que lo ha hecho el Tribunal de Justicia para dibujar el ámbito excluido del principio de libre circulación de trabajadores, identificar un núcleo más reducido, directamente relacionado con el cumplimiento de funciones públicas vinculadas al ejercicio de autoridad o con la salvaguarda de los intereses generales. La construcción de un estatuto del empleo público deberá diferenciar, siempre que sea necesario, las funciones según su contenido, pero ello permitiría alcanzar importantes y beneficiosos efectos sobre la organización del personal que materialicen un régimen

de uso de la fuerza de trabajo más eficaz con la necesaria consideración a la naturaleza pública de la organización en que se inserta.

**SÉPTIMA.** Por otra parte, la búsqueda de una mayor agilidad y una mejor adecuación a las necesidades de las organizaciones públicas, objetivo inherente al principio de eficacia, ha generado la necesidad de efectuar un planteamiento estratégico sobre la gestión del empleo público. En este ámbito se perciben con claridad los influjos de dos lógicas que actúan en direcciones opuestas. Así como es necesaria una organización eficiente, y ello implica realizar un planteamiento de los fines perseguidos y ordenar los medios personales de que se dispone para su efectiva consecución, es igualmente indispensable la observancia de unos procedimientos de actuación reglados de naturaleza jurídico-pública enderezados a satisfacer la garantía de objetividad, el sometimiento a la Ley y la interdicción de la arbitrariedad en el empleo público.

La actuación de las distintas administraciones públicas no se orienta a la obtención de un beneficio económico, si bien toda política de actuación de las mismas debe responder a una gestión eficiente de los recursos y encontrarse alejada de planteamientos deficitarios. Una planificación adecuada en materia de personal es factor de cambio y de modernización administrativa pero dicha planificación, más allá de su respaldo teórico y de fines, presenta en la actualidad claroscuros que en su gran mayoría vienen determinados por la concurrencia simultánea sobre la materia de las lógicas antes descritas.

Razones presupuestarias, de índole política o la proyección de la planificación en un ámbito fuertemente jerarquizado y centralizado, pueden neutralizar la efectividad de cualquier medida. Por otra parte, aún se carece de un adecuado sistema de responsabilidad aplicable a los gestores de las políticas públicas y si ello es indispensable en cualquier organización, mucho más lo es en una organización pública.

En la mayoría de las ocasiones, las distintas administraciones realizan actuaciones, que bajo la observancia formal de los distintos instrumentos de gestión, no constituyen una verdadera y eficaz actuación planificadora. Ello es sobre todo perceptible en la elaboración de las Relaciones de Puestos de Trabajo. Éstas son instrumentos de gestión y de toma en consideración de la totalidad de los recursos humanos de una organización pública y encierran un enorme y positivo potencial toda vez que están diseñadas legalmente para la organización y la clasificación del empleo público desde una visión integradora y comprehensiva de ambos tipos de personal. Son los instrumentos indicados, pues, para establecer una oportuna clasificación, dar contenido a los puestos, ordenar las formas de provisión de los mismos, determinar qué funciones o qué puestos son reservados a nacionales, qué estructura retributiva corresponde, qué tipo de jornada y un largo etcétera de importantes elementos definitorios. Sin embargo, el análisis de las Relaciones de Puestos de Trabajo elaboradas, en términos generales decepciona y desalienta. Demuestra la necesidad de que exista una verdadera voluntad política de actuarlas de modo operativo y eficaz.

Otro tanto se puede apuntar respecto de un instrumento de gestión introducido con posterioridad para reforzar el poder organizativo de las empleadoras públicas: Los Planes de Empleo. Éstos son los cauces idóneos para la aplicación de medidas relativas a la ordenación y la correcta dimensión de los efectivos de personal, funcionario y laboral. La utilización que de ellos se hace no resulta excesivamente satisfactoria, por una parte debido a un cierto recelo que despiertan entre los empleados y por otra, porque se aprecian resistencias a la potenciación de su carácter comprensivo de la totalidad del personal. Pero con ello se desaprovecha una herramienta que, tal como se pone de manifiesto en este estudio constituye el cauce más indicado para llevar a cabo la reordenación de los efectivos a través de la adopción de medidas de movilidad, incluso de extinción, a través de un procedimiento participado y objetivo.

**OCTAVA.** El recurso a fórmulas descentralizadoras de gestión del personal por parte de las distintas administraciones públicas constituye una tercera manifestación de la búsqueda de eficacia en el empleo público pero presenta en su puesta en práctica insuficiencias evidentes. Una de esas fórmulas consiste en el recurso a los servicios de las empresas de trabajo temporal, siendo una previsión de considerable calado en el plano de lo teórico, sin embargo, tiene un perfil jurídico bastante más limitado de lo que aparenta. En este sentido, sólo se quieren hacer dos consideraciones para reseñar una positiva valoración sobre ambas. Una es la admisibilidad de las cláusulas introducidas por la negociación colectiva por medio de las cuales se establece el compromiso de no recurrir a estas empresas. En este sentido, la previsión específica sobre los servicios a utilizar por los organismos públicos para dotarse de recursos humanos temporalmente contenida en el art. 38.6 del Convenio Colectivo Único, ofrece desde el empleo público un ejemplo de limitación al trabajo más precario. La otra es la relativamente frecuente previsión de cláusulas sociales en los pliegos de contratación con las Administraciones Públicas orientadas a la limitación de la subcontratación y en concreto a la utilización de las ETT's. Ello es manifestación del potencial que la actuación de las distintas administraciones tiene en orden a fomentar un modelo de empleo estable y del papel importante que a estos efectos tiene la negociación colectiva.

Cuando se produce la transferencia de un ente público o de un servicio al ámbito privado o se acuerda la gestión privada de un servicio público, los arts. 43 y 44 ET resultan plenamente aplicables siempre que se dé el supuesto de hecho que contemplan las normas. No obstante, la aplicación de la doctrina judicial del Tribunal Supremo tiene unos efectos especialmente restrictivos en este ámbito debido a la relevancia que se atribuye al patrimonio como elemento decisivo para la existencia de transmisión de empresa. Ello ha conducido a una flexibilidad absoluta y a una marcada desprotección de los derechos laborales de los empleados públicos afectados por una sucesión empresarial. Esa desprotección es apreciable también en

En la mayoría de las ocasiones, las distintas administraciones realizan actuaciones, que bajo la observancia formal de los distintos instrumentos de gestión, no constituyen una verdadera y eficaz actuación planificadora. Ello es sobre todo perceptible en la elaboración de las Relaciones de Puestos de Trabajo. Éstas son instrumentos de gestión y de toma en consideración de la totalidad de los recursos humanos de una organización pública y encierran un enorme y positivo potencial toda vez que están diseñadas legalmente para la organización y la clasificación del empleo público desde una visión integradora y comprehensiva de ambos tipos de personal. Son los instrumentos indicados, pues, para establecer una oportuna clasificación, dar contenido a los puestos, ordenar las formas de provisión de los mismos, determinar qué funciones o qué puestos son reservados a nacionales, qué estructura retributiva corresponde, qué tipo de jornada y un largo etcétera de importantes elementos definitorios. Sin embargo, el análisis de las Relaciones de Puestos de Trabajo elaboradas, en términos generales decepciona y desalienta. Demuestra la necesidad de que exista una verdadera voluntad política de actuarlas de modo operativo y eficaz.

Otro tanto se puede apuntar respecto de un instrumento de gestión introducido con posterioridad para reforzar el poder organizativo de las empleadoras públicas: Los Planes de Empleo. Éstos son los cauces idóneos para la aplicación de medidas relativas a la ordenación y la correcta dimensión de los efectivos de personal, funcionario y laboral. La utilización que de ellos se hace no resulta excesivamente satisfactoria, por una parte debido a un cierto recelo que despiertan entre los empleados y por otra, porque se aprecian resistencias a la potenciación de su carácter comprensivo de la totalidad del personal. Pero con ello se desaprovecha una herramienta que, tal como se pone de manifiesto en este estudio constituye el cauce más indicado para llevar a cabo la reordenación de los efectivos a través de la adopción de medidas de movilidad, incluso de extinción, a través de un procedimiento participado y objetivo.

**OCTAVA.** El recurso a fórmulas descentralizadoras de gestión del personal por parte de las distintas administraciones públicas constituye una tercera manifestación de la búsqueda de eficacia en el empleo público pero presenta en su puesta en práctica insuficiencias evidentes. Una de esas fórmulas consiste en el recurso a los servicios de las empresas de trabajo temporal, siendo una previsión de considerable calado en el plano de lo teórico, sin embargo, tiene un perfil jurídico bastante más limitado de lo que aparenta. En este sentido, sólo se quieren hacer dos consideraciones para reseñar una positiva valoración sobre ambas. Una es la admisibilidad de las cláusulas introducidas por la negociación colectiva por medio de las cuales se establece el compromiso de no recurrir a estas empresas. En este sentido, la previsión específica sobre los servicios a utilizar por los organismos públicos para dotarse de recursos humanos temporalmente contenida en el art. 38.6 del Convenio Colectivo Único, ofrece desde el empleo público un ejemplo de limitación al trabajo más precario. La otra es la relativamente frecuente previsión de cláusulas sociales en los pliegos de contratación con las Administraciones Públicas orientadas a la limitación de la subcontratación y en concreto a la utilización de las ETT's. Ello es manifestación del potencial que la actuación de las distintas administraciones tiene en orden a fomentar un modelo de empleo estable y del papel importante que a estos efectos tiene la negociación colectiva.

Cuando se produce la transferencia de un ente público o de un servicio al ámbito privado o se acuerda la gestión privada de un servicio público, los arts. 43 y 44 ET resultan plenamente aplicables siempre que se dé el supuesto de hecho que contemplan las normas. No obstante, la aplicación de la doctrina judicial del Tribunal Supremo tiene unos efectos especialmente restrictivos en este ámbito debido a la relevancia que se atribuye al patrimonio como elemento decisivo para la existencia de transmisión de empresa. Ello ha conducido a una flexibilidad absoluta y a una marcada desprotección de los derechos laborales de los empleados públicos afectados por una sucesión empresarial. Esa desprotección es apreciable también en

los supuestos de cesión ilegal de trabajadores porque la Jurisprudencia ha interpretado con reservas la aplicación de la normativa laboral en estos supuestos. Así, debido a que en la Administración, la adquisición de la condición de fijo debe producirse de conformidad con los principios de mérito y capacidad, el Tribunal Supremo ha negado la condición de fijo de plantilla al trabajador cedido ilegalmente en la empleadora pública contratante o cesionaria. Esta aplicación extensiva que el Tribunal Supremo efectúa de su doctrina sobre contratación temporal irregular conduce a la más absoluta insatisfacción y absuelve a la organización responsable de la cesión trasladando al empleado las consecuencias negativas del incumplimiento de la legalidad.

**NOVENA.** Las formas de temporalidad en el empleo público son diversas. La utilización que la Administración Pública efectúa de categorías jurídicas de reclutamiento de personal sometidas al derecho administrativo, tales como el contrato administrativo para trabajos específicos, ahora integrado dentro del contrato de asistencia, consultoría y servicios, o el nombramiento de funcionarios interinos, pone de manifiesto el uso flexible que se realiza sobre estas figuras lo que las sitúa, a efectos prácticos, en el mismo nivel que la contratación laboral temporal. En el tratamiento de la contratación administrativa la Jurisprudencia Social, en ocasiones ha “levantado el velo” declarando la existencia de una relación laboral encubierta que aparecía vestida de contrato administrativo. Pero esa doctrina no ha sido la aplicada respecto a la figura de los funcionarios interinos para los cuales se reserva el conocimiento a la jurisdicción contenciosa administrativa. Ello provoca insuficiencias y problemas de precarización de esta clase de personal, especialmente, cuando el nombramiento como funcionario interino se ha producido después de una contratación temporal, o de la finalización de una relación laboral sancionada por el orden social. En todo caso, el examen conjunto de las diferentes fórmulas de incorporación de personal temporal pone de manifiesto que junto a la dualidad, se hace evidente la precariedad en determinados sectores del empleo público. La nueva regulación legal introducida tanto para los contratos



administrativos, como en el régimen de los funcionarios interinos, difícilmente podrá frenar este proceso sin no se da un verdadero compromiso de hacerlo efectivo.

**DÉCIMA.** La distinción, producto de una elaborada doctrina jurisprudencial, entre trabajadores indefinidos y fijos de plantilla en la Administración contiene un alto grado de utilidad con vistas a la armonización e integración de los dos órdenes normativos, administrativo y laboral, concernidos. No obstante, a pesar de las expectativas generadas en el momento inicial de la introducción de la citada diferencia, el desarrollo final efectuado por ésta ha defraudado. En este trabajo se defiende que el trabajador indefinido no fijo de plantilla como consecuencia de una irregularidad grave en la contratación temporal debe resultar protegido en el momento de la extinción de su contrato. En este sentido, y sin perjuicio de que este personal puede optar en los correspondientes procesos ligados a la cobertura reglamentaria del puesto desempeñado, la ejecución de decisiones de movilidad o de reorganización de efectivos a través de un Plan de Empleo son adecuadas alternativas a la mera extinción del vínculo contractual. No obstante, si la extinción procediera, la vía para su materialización debería ser la del despido por causas organizativas. Sin embargo, la solución aportada por la jurisprudencia al considerar que el cauce oportuno para la extinción del contrato de trabajo de un trabajador indefinido no fijo es el del art. 49.1b)ET, esto es, por la vía de una condición resolutoria de consignación judicial, coloca de hecho a esta clase de trabajadores que, no se debe olvidar, han resultado afectados por irregularidades graves en su contratación, en una peor posición respecto de aquellos trabajadores cuyo contrato se extingue por insuficiente consignación presupuestaria o que han sido indebidamente seleccionados y están afectados por la declaración de nulidad del proceso selectivo previo del que la contratación trae causa; incluso la finalización de ciertos contratos laborales temporales por realización de una obra o por expiración del tiempo convenido tiene expresamente prevista una indemnización.

La formulación de soluciones que apuestan por la intervención del legislador, bien

en el sentido de establecer una expresa previsión indemnizatoria en estos supuestos, bien a través de la inclusión de los mismos entre los contemplados en el art. 52 ET, sin perjuicio de los efectos positivos que para el trabajador afectado pudieran procurar, supondrían de hecho una considerable ampliación de las posibilidades de la Administración para el reclutamiento de personal temporal. Si se suman a esta consideración las anteriormente reflejadas sobre la diversidad de fórmulas legales existentes para la temporalidad en el empleo público el panorama que se obtiene constituye un criticable paradigma de flexibilidad aplicativa de la normativa en este ámbito.

**UNDÉCIMA.** La Administración al igual que cualquier otra organización privada debe organizar sus recursos y gestionarlos con vistas a la consecución de unos fines. En este sentido se advierte con claridad, más allá de la existencia de fuentes reguladoras diversas, la tendencia a potenciar el uso flexible de la fuerza de trabajo en el empleo público. El resultado que se alcanza viene marcado por una clara mixtificación de lógicas, privadas y públicas, en este ámbito. El análisis de las diversas fuentes ordenadoras del régimen jurídico que rige para cada colectivo de empleados, tanto en materia de clasificación profesional, de movilidad, de tiempo de trabajo, de salud laboral, de estructura retributiva e incluso de régimen disciplinario, evidencian la convergencia material que de hecho se produce en el contenido de todos los aspectos o instituciones mencionadas. Ello es signo de una toma en consideración unitaria o global sobre el personal público.

- I. En el tratamiento organizativo del personal, la existencia de una concepción unitaria se percibe por el papel que están llamadas a desempeñar las Relaciones de Puestos de Trabajo. Y ello aún teniendo presente la existencia de sistemas clasificatorios radicalmente diferenciados por la naturaleza jurídica de las fuentes reguladoras de los mismos. Así, la clasificación del personal laboral mediante grupos profesionales y áreas funcionales persigue favorecer la movilidad funcional e interdepartamental. Por su parte, la

organización de los funcionarios a través de la toma en consideración de elementos ligados a los Cuerpos junto a otros relacionados con el desempeño de puestos de trabajo, más allá de caracterizar un sistema mixto, sugiere al mismo tiempo una tendencia ampliadora y flexible como criterio organizativo.

II. En estrecha relación con lo anteriormente señalado, la regulación de la movilidad de los empleados se inscribe en la línea de reforzar la capacidad directiva de la empleadora pública. Es apreciable una cierta correspondencia entre los mecanismos de movilidad de funcionarios y laborales, lo que apunta hacia una toma en consideración del personal como un todo unitario. En este contexto, sería aconsejable proceder a la reformulación del tradicional derecho al cargo o a la inamovilidad que les es reconocida a los funcionarios públicos. La inamovilidad de los empleados públicos necesariamente debe ser encuadrada en el contexto regulador del empleo público que está caracterizado por la previsión de procedimientos que aseguran la objetividad y el sometimiento a la Ley. Desde una concepción relativa del derecho a la inamovilidad, vinculada a los modos de provisión de los puestos de trabajo, los trabajadores contratados según el procedimiento legal y reglamentario establecido, gozarían también de la garantía de estabilidad en iguales términos que los funcionarios. Ello no obstaculizará el normal y legal ejercicio de las facultades directivas en el sentido ya visto, pero sí ampara al empleado frente a decisiones arbitrarias o injustas de la Administración empleadora, aquéllas que, basadas en una mera conveniencia, no son reconducibles a criterios objetivos.

III. En materia de ordenación del tiempo de trabajo, es igualmente apreciable la convergencia. En este sentido, destaca el papel atribuido al calendario laboral por las normativas aplicables que, alejándolo del más limitado sentido que éste tiene en el Derecho del Trabajo, lo configuran como un instrumento

clave en un doble sentido. El calendario laboral es la vía para la distribución de la jornada y el establecimiento diario y semanal de los horarios y los turnos de trabajo en los distintos centros, lo cual señala en dirección a una negociación descentralizada, o departamental, de estas materias. Y en otro orden, parece también configurarse como un instrumento de negociación y de convergencia material de lo negociado, si bien, habrá, naturalmente, que respetar los procedimientos establecidos para la negociación en cada uno de los regímenes aplicables según el tipo de personal.

- IV. Por otra parte, si existe una materia en la que se puede observar un tratamiento de idéntico contenido para los principales colectivos de empleados, es la referida a la conciliación de la vida laboral y familiar de los empleados públicos. Destaca, en este sentido, el tratamiento equivalente en el empleo público de los permisos, licencias y reducciones de jornada de los funcionarios y los trabajadores. La atención prestada a la dimensión personal en la regulación del tiempo de trabajo ha ido progresivamente adquiriendo una importancia que se ve confirmada en el tratamiento que se le dispensa en la negociación colectiva.
- V. La Ley de Prevención de Riesgos Laborales también se inscribe en la línea de un tratamiento homogéneo en materia de salud laboral para trabajadores y funcionarios. En las materias relativas al ejercicio de los derechos de representación y participación y en lo tocante a gestión de los recursos para potenciar los propios medios de las organizaciones públicas, se perciben las influencias derivadas de sus peculiaridades, tanto de representación del personal, como organizativas. De nuevo la fragmentación y la dualidad de regímenes son los principales obstáculos en el proceso de adaptación de la Ley en el ámbito de la Administración General del Estado y en la articulación de la distribución competencial entre las distintas administraciones. Una de las más serias disfuncionalidades en orden a la efectiva recepción de la

propia dinámica preventiva en los ámbitos administrativos, va referida a la protección y la imposición de medidas correctoras a la Administración, aspecto este en el que la naturaleza pública del ámbito de aplicación de la norma se impone. El ámbito público, de igual modo compartido por todo el personal, permite hablar de riesgos específicos en el empleo público, lo que sumado a los problemas en la protección frente a los mismos y en la adopción de medidas correctoras, dibuja un panorama claramente insatisfactorio en el que todo está aún por hacer.

**VI.** La regulación de los sistemas retributivos presenta, por un lado, una acusada dispersión en el ámbito laboral debido a los convenios de los ámbitos departamentales cuyas estructuras retributivas se tratan de unificar en lo posible en el Convenio Colectivo Único para el ámbito de la Administración General del Estado. Por otra parte, en lo tocante a la ordenación de las retribuciones en la Función Pública es apreciable la rigidez que imprime la normativa específica dado el carácter básico de sus aspectos fundamentales y la tensión entre conceptos retributivos. Sin embargo, y haciendo abstracción de la distinción de fuentes, existe una demanda común que reclama el señalamiento de objetivos públicos, mayor flexibilidad salarial, evaluación de los empleados y la medición del rendimiento como elemento de carrera y retribución.

**VII.** El sistema disciplinario es parte integrante del empleo público, éste debe considerarse en el contexto de la potestad organizativa de las distintas administraciones y con fundamento en los valores de eficacia. La separación existente entre los regímenes reguladores del sistema disciplinario para uno y otro colectivo se halla fundada en razones de naturaleza jurídica e incluso en el fundamento último de cada sistema. No obstante, sería positivo el acercamiento entre ambos. Esto es posible habida cuenta de que las necesidades de la organización son idénticas con respecto a la totalidad del

personal. Ello satisfaría además las demandas de adecuación, economía y simplificación de los procedimientos. Prueba de ello es que, tal y como aparecen contemplados los procedimientos para uno y otro colectivo en sus respectivas fuentes reguladoras se percibe la confluencia en determinados aspectos relativos al expediente administrativo previo a la imposición de las sanciones.

**DUODÉCIMA.** La existencia de dos estatutos cerrados e incommunicados para el personal que presta sus servicios en la Administración, es una realidad que se sostiene sobre el papel del formalismo de la regulación vigente pero, de hecho, es constatable la existencia de una variedad de aspectos sobre los cuales se produce una auténtica convergencia de contenidos. Una convergencia que a veces es reconocida por la Ley, como es el caso de las incompatibilidades, de los permisos y licencias, del reconocimiento de la libertad sindical, de la prevención de riesgos laborales. Otros aspectos, aún a pesar de mantenerse formalmente en instrumentos jurídicos diferenciados, revisten en su contenido una similitud que puede llegar a la identidad, como es el caso del tratamiento del tiempo de trabajo, entre otros aspectos.

Un estatuto común no tiene porqué ser un estatuto uniforme, ni representar una similitud forzada, bastaría con identificar los elementos configuradores de un paradigma de empleo público, y establecer un marco homogéneo en los mismos, incluso con independencia del mantenimiento de las diferencias entre regímenes. Una alternativa factible en el momento actual pasaría por el establecimiento negociado de unos elementos comunes para todo el personal público, en un documento consensuado que sirva de reconocimiento formal de una realidad que ya existe. En este cometido, efectivamente, la vía de la negociación, a pesar de las insuficiencias y los problemas derivados de la ausencia de reconocimiento de una negociación unitaria, se presenta como una vía idónea. Así lo corrobora una trayectoria consolidada en esta misma línea en los Acuerdos de 1994 y más

recientemente, en el 2003. La negociación colectiva en el ámbito público representa una vía de progreso para lograr la homogeneidad salvando las distancias entre regímenes que de momento no tienen visos de ser salvadas o superadas, al menos permitiría la enunciación o recopilación de una serie de principios y elementos fundamentales: Garantía de los principios de mérito y capacidad en el acceso, sistema reglado de provisión de los puestos de trabajo y de carrera profesional, derechos y deberes comunes a todos los empleados públicos y su conexión con un sistema disciplinario, salud laboral y derechos colectivos.

## BIBLIOGRAFÍA

**AA.VV.;** *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar. (Aspectos laborales, fiscales, penales y procesales)* (Alarcón Caracuel, Coord.), Marcial Pons, 2000.

**AA.VV.;** Informe del Defensor de Pueblo, *Funcionarios interinos y personal eventual: la provisionalidad y temporalidad en el empleo público*, 2003.

**AA.VV.;** *Estudio Delphi: La modernización de los procedimientos de actuación en la Administración Pública*, MAP, 1990

**AGUILERA IZQUIERDO, R.;** "El régimen jurídico del personal docente e investigador contratado por las universidades públicas de Madrid", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 118, 2003, págs. 563 a 581.

**AGRA VIFORCOS, B.;** "La homogeneización del régimen jurídico del personal al servicio de la Administración. Aspectos de derecho individual", AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, MTAS, 2001, págs. 295 a 318.

**AGRA VIFORCOS, B.; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.; y TASCÓN LÓPEZ, R.;** "Reflexiones al hilo de la jurisprudencia sobre el hostigamiento psicológico en el trabajo (mobbing)", *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 115, 2003, págs. 111 a 141.

**ALEGRE ÁVILA, J. M.;** "Presupuestos Generales del Estado y acuerdos retributivos: La sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000", *Tributos Locales*, nº 6, 2001, págs. 69 a 78.

- "La función pública y los interinos contratados", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 243, 1989, págs. 663 a 697.

**ALEMÁN PÁEZ, F.;** *El encuadramiento profesional*, MTSS, 1995.

**ALFONSO MELLADO, C. L.;** "La negociación colectiva de los funcionarios públicos", *Revista de Derecho Social*, nº 13, 2001, págs. 9 a 32.

- "Contratación temporal en Unificación de Doctrina", *Revista de Derecho Social*, nº 18, 2002, págs. 167 a 202.
- "Cuestiones actuales en torno a los derechos colectivos de los empleados públicos", *Tribuna Social* nº 120, diciembre 2000, págs. 9 a 32.

**ALFONSO MELLADO, C. L. y PEÑA OBIOL, S.;** "De nuevo el trabajador



indefinido no fijo. Ahora en supuesto de cesión ilegal de trabajadores”, *Revista de Derecho Social* nº 22, 2003, págs. 159 a 176.

**ALONSO OLEA, M.;** “La negociación colectiva”, AA.VV.: *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978*, Vol. III, Edersa, 1983, págs. 595-625

- *La materia contenciosa laboral*, IGO, 1967.
- “Los límites de la aplicación del derecho del trabajo al personal de las administraciones públicas”, AA.VV.: *Libro Homenaje al profesor Villar Palasí*, Civitas, 1988, págs. 49 a 61.

**ALONSO OLEA, M., MIÑAMBRES PUIG, C. y ALONSO GARCÍA, R. M.;** *Derecho Procesal del Trabajo*, Civitas, 2000.

**ALONSO MAS, M. J.;** “La consolidación del grado personal de los funcionarios que desempeñan un puesto de trabajo sin haber accedido al mismo por concurso o libre designación: estudio especial de los funcionarios de nuevo ingreso”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 93, 1997, págs. 119 a 138.

**ALVAREZ DE LA ROSA, M.;** “El régimen jurídico de las incompatibilidades en los contratos de trabajo del sector público”, *Documentación Administrativa*, nº 210 y 211, 1987, págs. 227 a 265.

- “Seis sentencias del Tribunal Constitucional: Concluye el proceso de constitucionalidad al régimen jurídico de incompatibilidades”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 49, 1991, págs. 803 a 815.
- “Comentarios al Título IX de la Ley 6/2001 sobre régimen laboral del profesorado”, *Revista Electrónica IUSTEL*, nº 1.

**ALVAREZ GUENDIN, S.;** “El problema de las incompatibilidades de los funcionarios públicos”, *Revista de Administración Pública*, nº 39, 1962, págs. 93 a 126.

**ALVAREZ-MONTERO, A.;** *El delegado de prevención. Estudio crítico de su régimen jurídico*, Comares, 2001.

**APARICIO TOVAR, J.;** “La contratación colectiva de los funcionarios”, AA.VV.: *Jurisprudencia Constitucional y Relaciones Laborales*, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, págs. 293-315.

**ARCE GÓMEZ, J.C.;** *La extinción objetiva del contrato de trabajo. Despido por causas económicas y despidos objetivos. Régimen jurídico y tratamiento procesal*,

Comares, 1997.

**ARENILLA SÁEZ, M.;** “Estructura de la Administración Pública. Análisis, evaluación y propuestas”, AAVV: *Los recursos humanos en las administraciones públicas*, Tecnos, 1995, págs. 67 a 98.

**ARENILLAS, M.;** “La función pública autonómica: ¿un modelo agotado?”, *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 74, 1992, págs. 207-222.

**ARTOLA, M.;** *La hacienda del siglo XIX. Progresistas y moderados*, Alianza, 1986.

**BAENA DEL ALCAZAR, M.;** “Una Teoría del Empleo Público en el siglo XVIII”, *Revista de la Administración Pública*, nº 56, 1968, págs. 417 a 433.

- “La Función Pública en la Constitución y las Leyes Orgánicas”. AA.VV.: *Homenaje al Profesor Mesa Moles*, 1981, págs. 53 a 92.

**BAL FRANCÉS, E.;** *Relaciones laborales con las Administraciones Públicas. Compendio de jurisprudencia y otras resoluciones judiciales*, MAP, 1999.

**BALLART X. y RAMIÓ C.;** *Ciencia de la Administración*, Tirant lo Blanch, 2000.

**BAÑO LEÓN, J. M.;** “Garantía constitucional de la Función Pública y reforma administrativa”, AA.VV.: *Los delitos de los Funcionarios Públicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 1994, págs. 9 a 26.

**BARREIRO GONZÁLEZ, G.;** “Trabajadores temporales al servicio de la Administración Local: conversión en funcionarios”, *Actualidad Laboral*, nº 3, 2000, págs. 39 a 49.

**BAUZÁ MARTORELL, F. J.;** *La desadministración pública*, Marcial Pons, 2001.

**BAYLOS GRAU, A.;** *Derecho de Huelga y servicios esenciales*, Tecnos, 1988.

- “Trabajo temporal y no discriminación”, *Relaciones Laborales*, nº 21, 1987, págs. 429-439.

**BAYÓN, J. C.;** “Justicia y eficiencia”, en AAVV *Estado, Justicia y Derechos*, (Elías Díaz y José Luis Colomer, eds.) Alianza Editorial, 2002

**BENLLOCH SANZ, P.;** “Notas acerca de la utilización del despido objetivo por una Administración Pública”, *Aranzadi Social*, Vol. III, 2001, págs. 3264 a 3269

**BERMEJO CABRERO, F.;** "Las relaciones de puestos de trabajo y la laboralización de la función pública", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 62, 1989, págs. 229 a 241.

**BLANCO BAREA, M. J.;** "Crítica al criterio técnico sobre el *mobbing* (acoso psicológico o moral)/ CT 34/2003", en <http://www.bdntraining.com/web/noticias/repo82.asp>.

**BLASCO PELLICER, A.;** "Convenio Colectivo Único para el personal Laboral de la Administración General del Estado", AA.VV.: *La Administración como empresario. Aspectos laborales y sindicales. Convenio Colectivo único para el personal laboral de las Administraciones Públicas*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 2000, págs. 367 a 447.

**BLASCO PELLICER, C. y ALFONSO MELLADO, C.;** "Especialidades procesales en los juicios laborales entre la Administración y sus trabajadores", *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1990, págs. 142 a 168.

**BODAS MARTÍN, R.;** "Particularidades del régimen jurídico de los trabajadores en régimen laboral de las administraciones públicas", AA.VV.: *La Administración Pública como empresario. Aspectos laborales y sindicales. Convenio Colectivo único para el personal laboral de las Administraciones Públicas*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 2000, págs. 239 a 308.

**BOLTAÍNA BOSCH, X.;** "Régimen jurídico de los trabajadores indefinidos no fijos de la Administración Pública", *Aranzadi Social*, 2002, nº 4, págs. 83 a 105.

**BORRAJO INIESTA, I.;** "El Intento de huir del Derecho Administrativo", *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 78, 1993, págs. 233 a 249.

**BORRAJO DACRUZ, E.;** "Contratación laboral temporal y Administraciones Públicas: evolución jurisprudencial", *Actualidad Laboral*, nº 18, 1998, págs. 373 a 396.

**CABEZA PEREIRO, J.;** *La buena fe en la negociación colectiva*, Escola Galega de Administración Pública, 1995.

**CAMPS RUIZ, L. M.;** *La contratación laboral temporal para ocupar provisionalmente puestos de trabajo vacantes en las Administraciones Públicas*, Tirant lo Blanch, 1990.

**CÁMARA DEL PORTILLO, D.;** "La Función Pública ante el Tribunal Constitucional: Una oportunidad perdida" *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 57, 1988, págs. 101 a 120.

**CANTERO MARTÍNEZ, J.;** *El empleo público: Entre el estatuto funcional y el contrato laboral*, Marcial Pons, 2001.

- "Las inesperadas consecuencias de la contractualización de las retribuciones de los funcionarios públicos", *Justicia Administrativa*, nº 11, 2001, págs. 311 a 326.
- "Bibliografía sobre laboralización de la función pública", *Documentación Administrativa*, nº 243, 1995, págs. 349 a 364.

**CARR, R.;** *España: 1808-1939*, Ariel, 1970

**CARRASCO CANALS, C.;** *La burocracia en la España del siglo XIX*, IEAL, 1975,

**CARRATALÁ TERUEL, J.L., y LABADO SANTIAGO, J.M.;** "Los efectos de la irregular contratación laboral por la Administración Pública", *Tribuna Social*, nº 13, 1993, págs. 71-74.

**CARDENAL CARRO, M.;** "Las denominadas listas de espera para la contratación, especialmente en el organismo autónomo de correos y telégrafos" *Aranzadi Social*, vol. III, 1998, págs. 2571 a 2575.

- "La prevención de riesgos laborales en la Administración General del Estado", *Aranzadi Social*, vol. V, 1998, págs. 115 a 125.

**CASTELLS, M.;** *La era de la información*, Vol.1: *La sociedad red*, Alianza, 2001.

**CASTILLO BLANCO, F.;** "Reflexiones en torno a la construcción de un nuevo sistema de empleo público", AA.VV.: *Lecciones de Función Pública*, CEMCI, 2003, págs. 23 a 41.

- "Las problemáticas fronteras entre el Derecho laboral y el Derecho Administrativo: a propósito de los contratos temporales en el sector público", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 86, 1995, págs. 187 a 218.
- *Acceso a la función pública (políticas selectivas y control jurisdiccional)*, Comares, 1993.
- *El sistema retributivo en la función pública española*, Marcial Pons, 2002.

**CASTILLO BLANCO, F., e ILDEFONSO HUERTAS, R.M.;** "Régimen disciplinario y responsabilidad civil y penal en la función pública", en: AA.VV., *Lecciones de Función Pública*, Comares, 2002, págs. 525 a 562.

**CASTILLO BLANCO, F.A. y ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, P.;** “La distribución de competencias en materia de función pública y la reserva de ley en esta materia”, AA.VV.: *Lecciones de Función Pública*, CEMCI, 2003, págs. 89 a 106.

**CASTILLO BLANCO, F. y SOLANA PÉREZ, A.;** “Las retribuciones de los funcionarios públicos”, AA.VV.: *Lecciones de Función Pública*, CEMCI, 2003, págs. 293 a 307.

**CASTILLO PARDO, E. y PEÑA OBIOL, S.;** “La controvertida evolución jurisprudencial en torno a las irregularidades en el contratación laboral temporal concertada por la Administración Pública”, *Tribunal Social*, nº 127, 2001, págs. 49 a 55.

**CASAS BAAMONDE, M.E.;** “Los derechos sindicales de los funcionarios públicos en las Administraciones Vasca”, *Administración Pública y Sindicalismo*, (IVAP), 1988, págs 75 a 96.

**CATALÁ POLO, R.;** “El régimen jurídico de los empleados en los sistemas privados de gestión de los servicios públicos. Aproximación de regímenes en la Administración General del Estado”, *Documentación Administrativa*, nº 243, 1995, págs. 113 a 131.

**CAVAS MARTÍNEZ, F. y SEMPERE NAVARRO, V.;** *Competencia de la Jurisdicción Social en la Doctrina de Unificación (1991-1997)*, Aranzadi, 1998.

**CHACARTEGUI JÁVEGA, C.;** “La contratación a través de Empresas de Trabajo Temporal por parte de la Administración Pública”, *Revista de Derecho Social*, nº 6, 1999, págs. 55 a 77.

**CONDE MARTÍN DE HIJAS, V.;** “La jurisdicción social y la jurisdicción contencioso administrativa: concurrencia y conflictos”, *Relaciones Laborales*, I/1989, págs. 145 y 146.

**CORDERO SAAVEDRA, L.;** *Régimen de trabajo en las Administraciones Públicas*, Laborum, 2003.

- “El fraude de ley en la contratación por las Administraciones Públicas y sus consecuencias jurídicas”, *Aranzadi Social*, nº 12, 2003, págs. 31 a 37.

**CRESPO MONTES, L.F.;** *La Función Pública Española 1976 - 1986, de la transición al cambio*, INAP, 2001.

**CRUZ VILLALÓN, J. y RODRÍGUEZ RAMOS VELASCO, P.;** “Problemática

laboral de la privatización y externalización de los servicios públicos”, *Revista de Derecho Social*, nº 3, 1998, págs. 9 a 37.

- “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas”, *Relaciones Laborales*, I/1992, págs. 114 y ss.

**CUEVAS LÓPEZ, J.;** “Actuación de las Administraciones Públicas en la prevención de riesgos laborales”, AA.VV. (A. Ojeda, M.R. Alarcón y M.J. Rodríguez Ramos, Coords.): *La prevención de riesgos laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995*, Aranzadi, 1996, págs. 373 a 404.

**DESDENTADO BONETE, A.;** “Sobre las difíciles relaciones entre el recurso de casación para la unificación de doctrina y el recurso de amparo y sobre los problemas de prejudicialidad administrativa en el proceso social. Una reflexión crítica y una propuesta. De nuevo, el caso de Galerías”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 78, 1996, págs. 687 a 694.

- “La sucesión de empresa: Una lectura del nuevo art. 44 ET desde la jurisprudencia”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 38, 2002, págs. 254 a 266.
- “Funciones y disfunciones de la reclamación previa. Un comentario a la STC 12/2003 (RCT 2003, 12)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 120, 2003, págs. 849 a 864.

**DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.;** *Despido y jurisprudencia: La extinción del contrato de trabajo en la unificación de doctrina*, Lex Nova, 2002.

**DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E.;** “El sistema normativo de la relación de servicios del personal estatutario de las instituciones Sanitarias de la Seguridad Social”, *Personal Estatutario de la Seguridad Social*, Manuales de Formación Continuada, nº 11, CGPJ, 2000, págs. 13 a 95.

**DESDENTADO DAROCA, E.;** *La crisis de identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes*, Tirant lo Blanch, 1999.

**DESDENTADO BONETE, A. y MERCADER UGUINA J. R.;** “Motivación y congruencia de las sentencias laborales en la doctrina del Tribunal Constitucional”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 4, 1994, págs. 273 a 315.

**DE LA OLIVA, A. y GUTIERREZ REÑÓN, A.;** “Los cuerpos de funcionarios”, *Documentación Administrativa* nº 124, 1968, págs. 10 a 28.

**DE LA PUEBLA PINILLA, A.;** "Igualdad y discriminación en el ejercicio del poder disciplinario", *Relaciones Laborales*, nº 19, 1994, págs. 9 a 39.

- "Comentario a la Ley 39/1999, de 5 de noviembre. Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", *El Derecho, Boletín de Legislación*, nº 117, 2000.
- "Salud, bienestar y autonomía como necesidades básicas del individuo: su protección en el ámbito laboral", *Proyecto Docente y de Investigación*, 2001, págs. 47 a 90.
- "Cambio de contratista, continuidad de las relaciones laborales y transmisión de empresa: discrepancias entre la doctrina nacional y la comunitaria (a propósito de la Sentencia del TJCE de enero de 2002, asunto *Temco*)", *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 4, 2002, págs. 729 a 748.

**DE LA VILLA GIL, L. E.;** "Sobre el personal no funcionario al servicio de la Administración Pública", *Documentación Administrativa* nº 114, 1962, págs. 3 a 12.

- *Estudios sobre Seguridad Social de los Funcionarios Públicos*, ENAP, 1971.
- "El Derecho del Trabajo en España durante la Guerra Civil", AA.VV.: *Actas del II Symposium Historia de la Administración*, IEA, 1971, págs. 605 a 668.
- "El factum principis", AA.VV.: *Diecisiete lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y desempleo*, UCM, 1970, págs. 105 a 135.
- "Las Administraciones Públicas han de cumplir las obligaciones de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", *Labor, Revista del Colegio Oficial de Graduados Sociales de Almería*, nº 4, 2001, págs. 4 a 6.
- *La formación histórica del Derecho Español del Trabajo*, Comares, 2003.

**DE LA VILLA GIL, L. E. y PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.;** *Introducción a la economía del trabajo*, Vols. I y II, Debate, 1980.

**DE LA VILLA GIL, L. E. y GARCIA BECEDAS, G.;** "Limitaciones salariales y negociación colectiva: Acerca de la constitucionalidad de la Ley 44/1983", *Relaciones Laborales*, Vol. I, 1985, págs. 243 a 268.

**DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M.;** "Los empleos en la Administración Pública como excepción a la libre circulación de trabajadores en el ámbito de la Unión Europea. A propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de julio de 1996", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Derecho Social y Comunitario*, nº 7, 1998, págs. 263 a 276.

- "Trabajadores indefinidos no fijos de plantilla: la incidencia de la norma administrativa en la contratación temporal irregular de la Administración Pública", *Revista de Derecho Social*, nº 4, 1998, págs. 95 a 117.
- "La vinculación de la Administración a los acuerdos alcanzados en la negociación colectiva. Primeras impresiones acerca de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Estudios Financieros, nº 215, 2001, págs. 145 a 150.

**DE VICENTE DOMINGO, R.;** *El puesto de trabajo en el Derecho de la Función Pública*, Tirant lo Blanch, 1997.

**DEL REY GUANTER, S.;** "Evolución general y problemática fundamental de las relaciones colectivas en la Función Pública", *Seminario sobre relaciones colectivas en la Función Pública*, Instituto Andaluz de Administración Pública, 1989, págs. 29 a 67.

- "Los derechos colectivos en la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad", *Revista de Trabajo*, nº 84, 1986, págs. 65 a 103.
- *Comentarios a la Ley de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas*, MAP, 1988.

**DEL REY GUANTER, S. y GALAN DURÁN, C.;** "Administraciones Públicas y Empresas de Trabajo Temporal", *Relaciones Laborales*, I/2001, págs. 16 a 45.

**DEL REY GUANTER, S. y LUQUE PARRA, J. M.;** "Criterios jurisprudenciales recientes sobre la negociación colectiva de los funcionarios públicos", *Relaciones Laborales*, I/1997, págs. 308 a 323.

**DEL SAZ CORDERO, S.;** *Contrato laboral y función pública*, Marcial Pons, 1995

- "La huída del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas", *Revista de Administración Pública*, nº 133, 1994, págs. 57 a 98.
- "La laboralización de la Función pública: del contrato laboral para trabajos manuales al contrato de Alta Dirección", *Documentación Administrativa*, nº 243, 1995, págs. 133 a 181.

**DÍAZ DESCALZO, M<sup>a</sup> C.;** "Los riesgos psicosociales en el trabajo: el estrés laboral, el síndrome del quemado y el acoso laboral. Su consideración como accidente de trabajo.", *Revista de Derecho Social*, nº 17, 2002, págs. 183 a 201.

**DÍAZ RODRÍGUEZ, J. M.;** "El contrato de trabajo en las Administraciones



Públicas ante la anulación del procedimiento de selección”, *Actualidad Laboral*, nº 3 y 4, 2000.

- “El contrato de trabajo en el sector público ante la anulación del procedimiento de selección”, AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, Tomo I, págs. 761 a 783.

**DIEZ-PICAZO, L.;** *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, Civitas, 4ª ed. 1983.

**DOMÍNGUEZ BERRUETA DE JUAN, M. y NEVADO MORENO, P. T.,** “La libre circulación de servidores públicos. Un estudio sobre el acceso de ciudadanos comunitarios a la función pública de los Estados miembros”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 145, 1997, págs. 9 a 20.

**ELORDI DENTICI, A., DEL REY GUANTER, S., SERRANO MARTÍNEZ, J. E. y GALA DURÁN, C.;** *Trabajo, temporalidad y empresas de trabajo temporal en España*, AGETT, 2001.

**ENDEMAÑO ARÓSTEGUI, J. M.;** “La funcionarización del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”, *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, nº 283, 2000, págs. 347 a 379.

**ENTRENA CUESTA, R.;** “El régimen estatuario de los funcionarios públicos como postulado constitucional”, AA.VV.: *Estudios sobre la Constitución Española, homenaje al Profesor E. García de Enterría*, Vol. III, 1991, págs. 2599 a 2618.

- *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I/2, Madrid, 9ª edición, 1998.

**ESCUDERO RODRIGUEZ, R.;** “*Empleo público y empleo privado*”, Proyecto Docente, Capítulo VI, 1993, págs. 194 a 244.

- “La Ley 3/1989. Una reforma promocional de la mujer con acentuados clarososcuros”, *Relaciones Laborales* I/1989, págs. 1141 a 1166.
- “Comentarios a la Ley sobre Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas”, *Relaciones Laborales*, II/1987, págs. 1021 a 1029.
- “El nuevo marco de la negociación colectiva de los funcionarios públicos”, *Relaciones Laborales*, II/1987, págs. \*.

**ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.;** “ETT: Reforma legislativa, III Convenio Colectivo del sector y negociación colectiva de las empresas usuarias”, *Anuario 2000 de la negociación colectiva*, UGT, 2000,

págs. 149 a 167.

**ESCUIN PALOP, V.;** "Cuerpos de funcionarios y Ley de Medidas de Reforma de la Función Pública", *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 48/1985, págs. 500 y ss.

**ESPÍN SÁEZ, M. y MELERO ALONSO, E.;** "El contrato administrativo como instrumento para ejercer políticas públicas. Fomento del empleo estable y contratación con empresas de trabajo temporal", *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, nº 1, 1999, págs. 133 a 157.

**FABREGAT MONFORT, G.;** "La movilidad funcional del personal laboral de las administraciones públicas. (análisis de los artículos 22 y 23 del Convenio Colectivo único del Personal Laboral de la Administración General del Estado).", en: AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, vol. I, MTAS, 2001, págs. 461 a 475.

**FABREGAT ROMERO, P. y URANGA COGOLLOS, C.;** "La selección de personal en la Administración Pública: El mito del Administrador Educado", *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, Vol. 57, nº 2, 1991, págs. 119 a 128.

**FERNÁNDEZ ARTIACH, P.;** "Política de rentas en el sector público", *Tribuna Social* nº 78, 1997, págs. 48 a 60.

**FERNÁNDEZ DOMINGUEZ, J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.;** *La negociación colectiva de los funcionarios públicos*, Cedecs, 1996.

**FERNÁNDEZ FARRERES, G.;** "Estado del bienestar, Administración y función pública" en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 3, 1993.

**FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. y TASCÓN LÓPEZ, R.;** "El régimen disciplinario: ¿hacia su laboralización en el sector público?", en: AA.VV.: *Las relaciones laborales en las administraciones públicas*, vol. I, MTAS, 2001, págs. 279 a 294.

**FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.;** *El poder disciplinario en el empresa*, Civitas, 1991.

- "La igualdad y la discriminación en la jurisprudencia constitucional", AA.VV. (M. R. Alarcón, Coord.): *Constitución y Derecho del Trabajo, 1981-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, Marcial Pons, 1992, págs. 161 a 248.
- "El acoso moral en el trabajo ¿una nueva forma de discriminación?", *Revista*

*de Derecho Social*, nº 19, 2002, págs. 53 a 75.

**FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. y CRUZ VILLALÓN, J.;** “Los sindicatos en la Función Pública: Régimen jurídico y representaciones sindicales en el centro de trabajo”, *Seminario sobre relaciones colectivas en la función pública*, Sevilla, (IAAP), 1989, págs. 199 a 249.

**FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M.;** “Sobre la “libre” remoción de los funcionarios interinos”, *Actualidad Administrativa*, nº 1, 1994, págs. 197 a 205.

**FERNÁNDEZ T. R.;** “Empresa pública y servicios público: el final de una época”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 89, 1996, págs. 37 a 48.

**FERNÁNDEZ URRUTIA, A.;** “El sistema representativo de los miembros de la Ertzaintza”, *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, Vol. II. XI, Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTAS. 2001, págs. 279 a 305.

**FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A.;** “Funcionarios interinos y contratación laboral: ¿debe mantenerse el tradicional criterio de delimitación jurisdiccional?” AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, Vol. I, XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTAS, 2001, págs. 723 a 737.

**FERNANDO PABLO, M. M.;** “Ejército, Policía y Libertad Sindical”, *Revista de Política Social*, nº 144, 1984, págs. 101 a 152.

**FERREIRA FERNÁNDEZ, A.X.;** *La provisión de puestos de trabajo en la Administración General del Estado*, INAP, 2002.

**FOLGUERA CRESPO, J.;** “Contratación temporal de las Administraciones Públicas. Diversidad de criterios jurisprudenciales.”, *Actualidad Laboral*, nº 18, 1992. págs. 337 a 343.

**FONDEVILA ANTOLÍN, J.;** *Constitución y empleo público (Estudio y propuestas en relación a un régimen jurídico común)*, Comares, 2000.

**FUERTES SUÁREZ, J. L.;** *Función Pública, reforma administrativa y Estado autonómico*; Cuadernos Civitas, 1980.

**GALLEGO ANABITARTE, A.;** *Derecho Administrativo Vol. I Materiales*, 1998.

- *Constitución y personalidad jurídica del Estado*, Tecnos, 1992.
- “La Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000 sobre

retribución de funcionarios: entre el comentario político y el análisis jurídico", *Actualidad Jurídica Aranzadi* nº 473, 2001

**GÁRATE CASTRO, J.;** "Ámbito subjetivo de la libre constitución de sindicatos en las Administraciones Públicas", *Relaciones Laborales*, nº 9, 1988, págs. 255-268.

**GARCÍA BECEDAS, G.;** *Reconversiones industriales y ordenamiento laboral*, Tecnos, 1989.

- "Apuntes para un análisis de la Libertad Sindical en la Constitución española", *Revista de Política Social* nº 124, 1979, págs. 39 a 61.
- *Introducción al Derecho español del Trabajo. Caracteres y fundamento*, Civitas, 1993.

**GARCÍA BLASCO, J.;** "Horario de trabajo y horario de asistencia al público: problemática jurídica y sindical", *Relaciones Laborales* I/1990, págs. 130 a 141.

**GARCÍA FERNÁNDEZ, M.;** "Capacidad convencional de las Administraciones Públicas (Sentencia del Juzgado de lo Social nº 19 de Barcelona, de 12 de noviembre de 1990)", *Actualidad Laboral*, 1991, nº 6, págs. 281 a 287.

**GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F.;** "Clasificación profesional en las Administraciones Públicas y la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1990", *Tapia*, nº 65, 1992, págs. 65 a 66.

- "Contratos administrativos y privados tras la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 95, 1997, págs. 385 a 403.

**GARCÍA GUTIERREZ, M. L.;** "Medidas de protección de la salud laboral de los empleados públicos en el Acuerdo Administración-Sindicatos y en la Ley 53/2002 de 30 de diciembre", *Tribuna Social*, nº 149, 2003, págs. 23 a 31.

**GARCÍA LÓPEZ, R.;** "La contratación laboral temporal en las Administraciones Públicas", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 44, 1990, págs. 651 a 682.

**GARCÍA PIQUERAS, M.;** *En las fronteras del Derecho del Trabajo (Arrendamiento de servicios y obras)*, Comares, 1999.

- "El contrato para la prestación de servicios a los entes públicos en régimen de Derecho Administrativo", *Relaciones Laborales*, nº 11, 1996, págs. 8 a 26.

**GARCIA DE ENTERRÍA, E.;** *La Administración Española*, Alianza Editorial,

1985.

- “Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 89, 1996, págs. 69 a 89.

**GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R.;** *Curso de Derecho Administrativo*, 3ª ed. Vol. I, Civitas, 1998.

**GARCÍA MURCIA, J.;** “La regulación del trabajo en la Administración Pública: una presentación general”, AA.VV.: *La regulación del trabajo en las Administraciones Públicas*, Gobierno del Principado de Asturias, 2003, págs. 13 a 32.

**GARCÍA LÓPEZ, R.;** “La contratación laboral temporal en las Administraciones Públicas”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 44, 1990, págs. 651 a 683.

**GARCÍA PASCUAL, P.;** *Los cuerpos de funcionarios de la Administración Pública Española*, Secretaría General Técnica, 1960.

**GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.;** “Los derechos colectivos en el empleo público”, AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, Vol. II, MTAS, 2000, págs. 17 a 54.

“Excesos en la determinación de lo básico de la redacción original de la LORAP sobre determinadas materias (proclamación de resultados electorales, resolución de consultas y derecho de reunión)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 87, 1998, págs. 161 a 172.

**GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.;** “Apuntes jurisprudenciales sobre dobles escalas salariales. La STC 119/2002 como telón de fondo”, *Justicia Laboral*, nº 13, 2003, págs. 5 a 11.

**GARCÍA PELAYO, M.;** “Burocracia y Tecnocracia”, *Obras Completas*, CEC, 1991, págs. 1389 a 1532.

- “Las transformaciones del Estado contemporáneo”, *Obras Completas*, CEC, 1991, págs. 1585 a 1758.

**GARCÍA TREVIJANO FOS, J. A.;** *Tratado de Derecho Administrativo*; Editorial Revista de Derecho Privado, 1971

**GARCÍA TREVIJANO GARNICA, E.;** “Consideraciones en torno al derecho de igualdad en el acceso a la función pública”, *Revista de Administración Pública*, nº 121, 1990, págs. 247 a 257.

**GARRIDO FALLA, F.;** *Reformas de la Función Pública* (Discurso leído el día 19 de febrero de 1985 en el acto de su recepción pública como académico de número), 1985, págs. 9 a 106.

- "La posición constitucional de la Administración pública", *La Administración en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, 1980, págs. 9 a 45.
- "Comentario al artículo 103", AA.VV.: *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1980, págs. 1038 a 1048.
- "Reflexiones sobre una reconstrucción de los límites formales del Derecho administrativo español", *Revista de Administración Pública*, nº 97, 1982, págs. 7 a 30.

**GARRIDO PALACIOS, J.;** "Dos nuevas sentencias del Tribunal Supremo sobre la interinidad indefinida del personal laboral de las Administraciones Públicas", *Revista de Derecho Social*, nº 2, 1998, pág. 183 a 192.

**GIANINI, M. S.;** "Informe sobre los principales problemas de la Administración del Estado", *Documentación Administrativa*, nº 186, 1980, págs. 207 a 270.

**GODINO REYES, A.;** *El contrato de trabajo en la Administración Pública*, Civitas, 1996.

- "La problemática de la contratación laboral en la Administración Local", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 81, 1997, págs. 41 a 74.

**GOERLICH PESET, J.M.; y NORES TORRES, L.E.;** "Reestructuración de plantillas en los entes locales: Un nuevo supuesto de dudosa aplicación del Derecho del Trabajo en la Administración Pública", *Justicia Laboral* nº 4, 2000, págs. 5 a 22.

**GOERLICH PESET, J. M. Y VEGA LÓPEZ, J.;** "¿Una nueva categoría de personal laboral al servicio de la Administración Pública?: Los "trabajadores indefinidos no fijos de plantilla", *Relaciones Laborales*, nº 11, 1998, págs. 14 a 32.

**GÓMEZ ÁLVAREZ, T.;** "Viejos problemas y nuevas soluciones en el acceso del personal laboral a la función pública: Las bolsas de trabajo.", AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, Vol. I, (XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social), MTAS, 2001, págs. 741 a 757.

**GÓMEZ BARAHONA, A.;** "Las relaciones entre el Derecho Administrativo y el Derecho del Trabajo", AA.VV. (Abdón Pedrajas Moreno, Dir.): *Puntos críticos interdisciplinarios en las relaciones laborales*, Lex Nova, 2000, págs. 187 a 202.

**GÓMEZ CABALLERO, P.;** “La vinculación de los acuerdos colectivos en el ámbito de la función pública”, *Relaciones Laborales*, nº 13, 2001, págs. 39 a 60.

- *Los derechos colectivos de los funcionarios*, CES, 1994.
- *La participación de los trabajadores y de los funcionarios en la prevención de riesgos laborales*, CARL, 2003.
- “El derecho de huelga en la Función Pública”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 27, 1986, págs. 387 a 421.
- “El nuevo sistema electoral para la elección de los órganos de representación unitaria de los funcionarios públicos”, *Relaciones Laborales*, I/1995, págs. 43 a 63.

**GÓMEZ MUÑOZ, J.M.;** *La libre circulación de trabajadores en el empleo público*, CES, Madrid, 1996.

**GONZÁLEZ ANTÓN, R.;** *Estatutos históricos de los funcionarios de la Administración civil del Estado* (Comentario Preliminar), MAP, 1996.

**GONZÁLEZ ALONSO, B.;** *El Corregidor Castellano (1348-1808)*, Madrid, 1970.

**GONZÁLEZ BIEDMA, E. y CALVO GALLEGRO, J.;** “Notas sobre las relaciones de trabajo en las empresas públicas”, AA.VV.: *Libro Homenaje al profesor Clavero Arévalo*, Civitas, 1994, págs. 1135 a 1174.

**GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R.;** *La titularidad del derecho de huelga*, Comares, 1999.

**GONZÁLEZ HABA GUISADO, V.M.;** “Los problemas del personal no funcionario”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 225, 1985, pág. 123-156.

**GONZÁLEZ ORTEGA, S.;** “La aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en la Función Pública”, AA.VV. (J. García Murcia, Coord.): *La regulación del trabajo en las Administraciones Públicas*, Gobierno del Principado de Asturias, 2003, págs. 33 a 59

**GONZÁLEZ PÉREZ, J.;** *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, Civitas, 1983.

**GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.;** “La contratación de personal al servicio de la Administración”, AA.VV. (Abdón Pedrajas Moreno, Dir.) *Puntos críticos interdisciplinarios en las relaciones laborales*, Lex Nova, 2000. págs. 203 a 212.

**GONZÁLEZ RUIZ, F. J.;** “Los principios constitucionales de acceso a la Función Pública y los derechos fundamentales de igualdad y tutela judicial efectiva”, AA.VV.: *Constitución y derecho del trabajo: 1981-1991, (análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, Marcial Pons, 1992, págs. 276 a 291.

**GONZÁLEZ TEMPRANO, A.;** “El Estado del Bienestar en España en los años noventa”, Cap. I; en *La Consolidación del Estado del Bienestar en España*, CES, 2003.

**GRAU MORANCHO, R.;** *Laboralización Administraciones Públicas*, Trivium, 1998.

**GUTIÉRREZ REÑÓN, A.;** “La carrera administrativa en España: evolución histórica y perspectivas”, *Documentación Administrativa*, nº 210-211, 1987, págs. 29 a 70.

**GUTIÉRREZ REÑÓN, A. y LABRADO FERNÁNDEZ, M.;** *La experiencia de la evaluación de puestos de trabajo en la Administración Pública*, INAP, 1988,

**GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.;** “Repercusiones de la declaración de nulidad del concurso para la provisión de plazas laborales en la Administración Pública en la contratación celebrada a su amparo (comentario a la STS 4ª, de 10 de marzo de 1999)”, *Relaciones Laborales*, I/1999, págs. 797 a 802.

**HIRIGOYEN, M.F.;** *El acoso moral en el trabajo. Distinguir lo verdadero de lo falso*. Paidós, 2001.

**ILDEFONSO HUERTAS, R. M.;** “Los órganos de selección en el empleo público: el principio de especialidad y discrecionalidad técnica”, *Justicia Administrativa*, nº 12, 2001, págs. 25 a 52.

**IGLESIAS VELASCO, A.;** “La evolución de la libre circulación de trabajadores en el sistema jurídico comunitario”, *Revista Técnico Laboral* vol. 19, nº 74, 1997, págs. 759 a 784;

- “Los trabajadores asalariados y su libertad de circulación en la Europa Comunitaria”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 89, 1997-1998, págs. 167 a 200.

**IZQUIERDO HERNÁNDEZ, F. J. y MOLINA GARCÍA, M.;** *La laboralización de los funcionarios públicos*, Tirant lo Blanch, 1996.

**JIMÉNEZ ASENSIO, R.;** *Política de selección de la Administración Pública española (1808-1978)*, MAP, 1989.



- *Altos cargos y directivos públicos, (Un estudio sobre las relaciones entre política y administración en España)*, IVAP, 1998
- "Cuerpos generales versus cuerpos especiales: La fragmentación de la Función Pública española", *Revista Vasca de Administración Pública* nº 23, 1989, págs.81 a 109.

**JIMÉNEZ BLANCO, A.;** *La actividad contractual de la Administración. Manual de Derecho Administrativo*, Ariel, 1990.

**JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F.J.;** *Los organismos autónomos en el Derecho Público español: Tipología y régimen jurídico*, INAP, 1987.

- "Organización Instrumental Pública en la LOFAGE", *Documentación Administrativa*, nº 246-247, 1996-97, págs. 393 a 416.

**KONINCKX FRASQUET, A.;** "Contenido y alcance de la negociación colectiva en el ámbito local tras la Ley 7/1990. Control judicial", *Revista General de Derecho*, nº 588, 1993, págs. 8119 a 8149.

**LAFUENTE BENACHES, M.;** *El régimen disciplinario de los Funcionarios Públicos de la Administración del Estado*, Tirant lo Blanch, 1996

**LAHERA FORTEZA, J.;** *La titularidad de los derechos colectivos de los trabajadores y funcionarios*, Consejo Económico y Social, 2000.

- *Los contratos temporales en Unificación de Doctrina*, La Ley, 2001.
- "El incumplimiento del orden de llamada en una bolsa de trabajo no es un despido: Comentario a la STSJ Madrid de 26 de febrero de 1998", *Actualidad Laboral*, nº 25, 1998, págs. 2222 a 2224.
- "La extinción del contrato indefinido no fijo de plantilla en la Administración Pública, (Comentario a la STS 27 de mayo de 2002)", *Relaciones Laborales*, nº 23 y 24, 2002, págs. 67 a 73.

**LALINDE ABADÍA, J.;** *Los medios personales de gestión del poder publico en la historia española*, IEA, 1970.

**LANDA ZAPIRAÍN, J.P.;** "El ejercicio del derecho de representación de las policías autonómicas: Cuestiones de competencia y especialidad reguladora en los casos catalán y vasco", *Revista de Trabajo*, nº 96, 1989, págs. 13 a 29.

- *La contratación laboral temporal en las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1993.

- "La noción de empleo público en el Derecho comunitario europeo: las excepciones a la libre circulación de personas contenidas en los artículos 48.4 y 55.1 TCE", *Noticias de la Unión Europea*, nº 147, 1997, págs. 75 a 87.

**LASAGABASTER, I.**; "El recurso al Derecho privado en los sistemas de personal de las Administraciones Autonómicas y de las Corporaciones Locales", *Documentación Administrativa*, nº 243, 1995, págs. 183 a 207.

**LEÓN CAVERO, R. A. y BAL FRANCÉS, E.**; "Reflexiones sobre el efecto de las posibles irregularidades presentes en la contratación laboral temporal de las administraciones públicas", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 29 de mayo de 1997, págs. 1 a 6.

**LEYMANN, H.**; *La persécution au travail*, Seuil, 1996.

**LIMÓN LUQUE, M. A.**; "La igualdad en el acceso del personal laboral a la función pública: Las limitaciones en la aplicación del derecho del trabajo" *Revista de Trabajo*, nº 99, 1990, págs. 82 a 111.

**LÓPEZ CUMBRE, L.**; "Una reflexión acerca de la sentencia de la Nacional sobre retribución de los funcionarios públicos desde la perspectiva del derecho sindical", *Tributos Locales*, nº 6, 2001, págs. 64 a 69.

- "El principio de estabilidad en el empleo" en, AAVV: *Los principios del Derecho del Trabajo* (L.E. DE LA VILLA y L. LÓPEZ CUMBRE, dirs.), EF, págs. 287 a 337.

**LÓPEZ GANDIA, J.**; "Las relaciones colectivas en el empleo y la Constitución", *Revista de Derecho Público*, nº 83, págs. 397 a 437.

- "Algunas consideraciones generales acerca de los problemas aplicativos del Derecho del Trabajo en la contratación temporal de la Administración Pública", *Poder Judicial*, nº 3, 1986, págs. 153 a 158.

**LÓPEZ GUERRA, L.**; "Sobre la personalidad jurídica del Estado", *Revista del Departamento de Derecho Político*, nº 6, 1980, págs. 2 a 35.

**LÓPEZ GÓMEZ, J. M.**; *El régimen jurídico del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas*, Civitas, 1995.

- "La relación laboral especial de Función Pública del personal laboral de las Administraciones Públicas", *Revista de Derecho Social*, nº 7, 1999, págs. 229 a 247.
- "El régimen jurídico del personal laboral de las Corporaciones Locales.

Especial referencia a su selección”, AAVV: *III Jornadas sobre la Administración Local en Canarias*, Gobierno de Canarias, 1999, págs. 315 a 360.

**LÓPEZ GÓMEZ, J. M. y GÓMEZ ÁLVAREZ, T.;** “El acceso del personal laboral a las Administraciones Públicas: las bolsas de trabajo”, *Temas Laborales*, nº 53, 2000, págs. 87 a 119.

**LÓPEZ RODÓ, L.;** “Personalidad jurídica del Estado en el derecho interno”, *Revista de Derecho Político*, nº 11, 1981, págs. 57 a 65.

**LÓPEZ RUBIA, E.;** “El Real Decreto 1932/1998. ¿Adaptación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales al ámbito de los centros y establecimientos militares?”, *Aranzadi Social*, Vol. V, 1999, págs. 465 a 476.

**LORENZO DE MEMBIELA, J.B.;** *Licencias y permisos de los Funcionarios Públicos*, Aranzadi, 2001.

**LLISET BORRELL, F., ROMERO HERNÁNDEZ, F., LÓPEZ PELLICER, J. A.;** *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados, 2000.

**LUELMO MILLÁN, M.A.;** “Acoso moral o “mobbing”. Nuevas perspectivas sobre el tratamiento jurídico de un tema intemporal de actualidad”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 115, 2003, págs. 5 a 34.

**LUQUE PARRA, M.;** “El despido por causas empresariales en el ámbito de la Administración Pública” en: AA.VV.; *Las relaciones laborales en las administraciones públicas*, vol.1, MTAS, 2001, págs. 913 a 933.

- “La reforma de los contratos temporales causales y su repercusión en la organización de las Administraciones Locales: planteamiento de la cuestión”, AA.VV. (Rodríguez Piñero-Royo, M. C., Coord.): *El empleador en el Derecho del Trabajo. XVI jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo de relaciones laborales*, Tecnos, 1999, págs. 324 a 343.
- “La capacidad de la Administración Pública para negociar convenios colectivos supraempresariales: una valoración de la problemática a propósito de la reforma del artículo 15.1 del TRLET”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 90, 1998, págs. 579 a 616.

**MARÍN ALONSO, I.;** *La negociación colectiva conjunta del personal laboral y funcional en la Administración Pública. Los acuerdos mixtos*, Comares, 1999.

- “Problemática de la negociación colectiva funcional en el anteproyecto de

Estatuto Básico de la Función Pública”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Estudios Financieros nº 193, 1999, pág. 22.

**MARINA JALVO, B.**; *El régimen disciplinario de los Funcionarios Públicos*, 2ª ed., Lex Nova, 2001.

**MARINA JALVO, B. y CANTERO MARTÍNEZ, J.**; “La Función Pública en la Jurisprudencia”, *Justicia Administrativa*, 2002.

**MARTÍN CONTRERAS, L.**; “Aspectos procesales de una polémica (Comentarios a la sentencia de la Audiencia Nacional sobre la revisión salarial de los funcionarios)”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* nº 475, 2001.

**MARTÍN JIMÉNEZ, R.**; “Descentralización funcional en las Administraciones Públicas y propia actividad”, *Relaciones Laborales*, nº 4, 1999, págs. 68 a 73.

**MARTÍN PÉREZ, P.A.**; “La negociación colectiva en la función pública local”, *Actualidad Administrativa* nº 38, 1999, págs. 1037 a 1073.

**MARTÍN PUEBLA, E.**; “Trabajadores al servicio de la Administración. La problemática aplicación del derecho del trabajo en el seno de la Administración Pública”, *Relaciones Laborales*, I/1990, págs. 83 a 106.

**MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.**; “Reflexiones sobre las privatizaciones”, *Revista de Administración Pública*, nº 144, 1997, págs. 7 a 43.

**MARTÍNEZ ABASCAL, V. A.**; “La eficacia de la negociación colectiva de los funcionarios públicos: a propósito de la sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000”, *Relaciones Laborales*, nº 13, 2001, págs. 17 a 37.

- “La regulación homogénea de las relaciones de trabajo dependiente en la función pública”, *Revista de Derecho Social*, nº 7, 1999, págs. 213 a 228.
- *La nueva regulación de la movilidad funcional*, Aranzadi, 1995.
- “La aplicación del sistema constitucional de relaciones laborales en la función pública”, AA.VV.; *El sistema económico en la Constitución Española*, Vol. II, Ministerio de Justicia, 1994, págs. 2099 a 2138.

**MARTÍNEZ GAYOSO, M. N.**; *El derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos en la Constitución*, UPV, 2002.

- *Las comisiones de seguimiento de pactos y acuerdos en la función pública*, IVAP, 2002.

- "La aspiración sindical a implantar las 35 horas en las Administraciones Públicas vascas a través de la negociación colectiva", *Revista de Derecho Social*, nº 15, 2001, págs. 205 a 230.

**MARTÍNEZ DE LA PEDRAJA ABARCA, A.;** "¿Por qué se insiste en enfrentar el derecho laboral con los principios constitucionales de acceso a los puestos de trabajo en la Administración Pública?", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 3 de julio de 1997, págs. 1 a 5.

**MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, I.;** *Régimen jurídico de la función pública y derecho al cargo*, Civitas, 1995.

- *El ocaso de la Función Pública española: la reforma del régimen jurídico funcional de la Ley 22/1993, de 29 de diciembre*; Civitas, 1995.

**MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L.;** "Imperio de la Ley, retribuciones funcionariales y prudentia iuris de nuestros jueces I y II", *La Ley*, núms. 5258 y 5259, 2001.

- "El concepto de Administración Pública de la Ley de lo Contencioso, tras la Constitución de 1978", *Revista de Administración Pública*, nº 96, 1981, págs. 179 a 233.

**MARTÍNEZ MARÍN, A.;** *Régimen Jurídico de los Funcionarios*, Tecnos, 2001.

**MATÍA PRIM, J.;** "Sentido y alcance de la reforma de la legislación laboral", AA.VV.: *La reforma del Mercado Laboral*, Lex Nova, 1994, págs. 15 a 35.

**MATÍA PRIM, J., SALA FRANCO, T., VALDÉS DAL-RE, F., VIDA SORIA, J.;** *Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos*, Civitas, 1982.

**MENÉNDEZ REXACH, A.;** "Organización Central de la Administración General del Estado", *Documentación Administrativa*, nº 246 y 247, 1997, págs. 275 a 298.

**MENÉNDEZ SEBASTIÁN, M. P.;** "Los contratos Administrativos para trabajos específicos: naturaleza, régimen jurídico y delimitación respecto de los contratos laborales para obra o servicio determinado", *Temas Laborales*, nº 41, 1997, págs. 15 a 54.

**MERCADER UGUINA, J.;** *Delimitación de competencias entre el orden social y el contencioso-administrativo*, Tirant lo Blanch, 1996.

- "Problemas de la contratación temporal en la doctrina jurisprudencial reciente" *Contratación y Consumo*, Valencia 1998,

- *Modernas tendencias de ordenación salarial*, Tirant lo Blanch, 1996.
- *La contratación temporal en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch, 1999.
- "Ley de Prevención de Riesgos Laborales y Administraciones Públicas", *Relaciones Laborales*, nº 11, 1996, págs. 1137 a 1146.
- *Derecho del Trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información*, Lex Nova, 2002.

**MIÑAMBRES PUIG, C.;** *La estabilidad de funcionarios y trabajadores, ¿una gran distancia entre ambas relaciones de empleo?*, CES, 2001.

**MOGÍN BARQUÍN, T.;** "La gestión de recursos humanos", AA.VV.: *Jornadas para la modernización de las Administraciones Públicas*, MAP, 1991, págs. 125 a 160.

**MOLERO MARAÑÓN, M. L.;** *Acceso y clasificación profesional en las Administraciones Públicas*, Tirant lo Blanch, 1999.

- "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2002. La creación jurisprudencial de una paradoja: el contrato temporalmente indefinido", *Revista Electrónica IUSTEL*, (L.E. de la Villa Gil, dir.), nº 1, 2003.
- "La consolidación de una nueva categoría contractual en el ámbito de la Administración Pública: el contrato temporalmente indefinido", *Relaciones Laborales*, nº 1, 2004, págs. 15 a 33.

**MOLINA GARCÍA, M.;** *El contrato de trabajo en el sector público*, Comares, 2000.

**MOLINA NAVARRETE, C.;** "Una nueva patología de gestión en el empleo público. El acoso institucional", *Diario La Ley*, año XXII, nº 5436, lunes 10 de diciembre de 2001, págs. 1 a 12.

- "Del "silencio de la Ley a la Ley del silencio: ¿Quién teme a la lucha de la Inspección de Trabajo contra el acoso moral en las administraciones públicas?" *Estudios Financieros, Revista de Trabajo y Seguridad Social* nº 424, 2003, págs. 3 a 28.

**MOLINER TAMBORERO, G.;** "Las relaciones laborales en la Función Pública. Régimen jurídico. Aspectos puntuales", *Tribuna Social*, nº 127, 2001, págs. 15 a 33.

**MOLTÓ GARCÍA, J. I.;** *Prevención de riesgos laborales en las Administraciones Públicas. La imputación de responsabilidades*, Tecnos, 2003.

**MONEREO PÉREZ, J. L.;** “La libre circulación de trabajadores en las administraciones públicas en los países comunitarios”, *Relaciones Laborales*, I/94, págs. 438 a 476.

**MONTALVO CORREA, J.;** *Fundamentos de Derecho del Trabajo*, Civitas, 1975.

**MONTORO CHINER, M. J.;** “Para la reforma del empleo público: nueve proposiciones”, *Revista de Administración Pública*, nº 136, 1995, págs. 179 a 199.

**MONTOYA MELGAR, A.;** “La responsabilidad de las Administraciones Públicas por incumplimiento de la legislación laboral”, *Relaciones Laborales*, II/1987, págs. 194 a 209.

**MORALES ORTEGA, J. M.;** “La legitimación negociar en los Convenios colectivos del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”. AA.VV.: *El empleador en el Derecho del Trabajo*, Tecnos, 1999, págs. 295 a 305.

**MORELL OCAÑA, L.;** *El sistema de la confianza política en la Administración Pública*, Civitas, 1994.

**MORENO MOLINA, J. A.;** “Los contratos de consultoría y asistencia, de servicios y para trabajos específicos, concretos, no habituales de la Administración Pública”, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, 1996,

- Nuevo régimen de contratación administrativa, Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas tras el RDLeg. 2/2000 de 16 de junio, La Ley, 2000, pág. 664 y 665.

**MOREU CARBONELL, E.;** “Las relaciones de puestos de trabajo en el proceso de reforma de las Administraciones Públicas”, *Revista de Administración Pública*, nº 144, 1997, págs. 391 a 435.

**MORÓN PRIETO, R.;** “La extinción del contrato indefinido no fijo de plantilla: Supuestos, procedimiento y efectos (A propósito de la Sentencia de 15-5-2001, del TSJ de Castilla-La Mancha)”, *Revista de Derecho Social*, nº 14, 2001, págs. 195-208.

- “Concepto de transmisión de empresa de la Directiva 77/187/CEE: Divergencias interpretativas entre las decisiones del TJCE y la doctrina del Tribunal Supremo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Derecho Social Internacional y Comunitario*, MTAS, nº 7, 1998, págs. 253 a 262.

**MUÑOZ DE BUSTILLO LLORENTE, R. (Dir.); ESTEVE MORA, F.; FERNÁNDEZ MACÍAS, E. y GARCÍA LASO, A.;** *Nuevos tiempos de actividad y empleo*, MTAS, 2003.

**MURILLO MARTÍN DE LOS SANTOS, M.;** "Criterios jurisprudenciales divergentes en los órdenes jurisdiccionales contencioso-administrativo y social, en materia laboral", *Actualidad Laboral*, 1994-1, págs. 1 y ss.

**MUT GONZÁLEZ, F.;** *La aplicación del Derecho del Trabajo en las empresas públicas*, Tirant lo Blanch, 1997.

**NICOLÁS BERNARD, J. A.;** *La duración del contrato de trabajo en el empleo publico*, Comares, 2003.

**NIETO GARCIA, A.;** "La retribución de los funcionarios públicos en España", *Revista de Occidente*, 1967, Recogido en *Estudios de Derecho y Ciencia de la Administración*, 2001, págs. 219 a 239.

- *Estudios históricos sobre Administración y Derecho Administrativo*, INAP, 1986.
- "La Administración y la burocracia del Estado en la década de los ochenta" *Jornadas de estudios sobre Administración y Función Pública en el Estado Autonómico*, Oñati, 1986.
- *Estudios de Derecho y Ciencia de la Administración*, CEPC, 2001.
- "Reforma administrativa y modernización de la Administración Pública: ¿Un problema pendiente?", *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 23, 1989, págs. 125 a 135.

**NOGUEIRA GUASTAVINO, M.;** *La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo*, Aranzadi, 1997.

- "Ingeniería jurídica y Empresas de Trabajo Temporal: las difusas fronteras entre las contrataciones y la cesión de trabajadores", *Tribuna Laboral* nº 56, 2000, págs. 221 a 258.

**NOGUEIRA LÓPEZ, A.;** "La jurisprudencia del TJCE en materia de acceso a empleos en la Administración pública de ciudadanos comunitarios", *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 39, 1994, págs. 187 a 203.

**OJEDA AVILÉS, A.;** *Acuerdos de estabilización del personal temporal en las Administraciones Públicas*, Comares, 1998.



- “El empleo temporal en las Administraciones Públicas (Una aproximación unitaria), *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 56, 1987, págs. 485 a 509.
- “Un contenido esencial algo venial. O los problemas técnicos de una dispersión hermenéutica” *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 44, 1990, págs. 581 a 604.
- *Derecho Sindical*, Tecnos, 8ª ed., 2003.
- “La negociación colectiva de los funcionarios públicos y la entrada en vigor del convenio internacional nº 151 de la Organización Internacional del Trabajo”, *Relaciones Laborales* II/1985, págs. 329 a 342.
- “Los límites del paradigma laboral en la función pública”, *Relaciones Laborales*, I/1991., págs.

**OLIART DE LIMA, B.;** “Los derechos económicos de los funcionarios” en AA.VV.; *Los recursos humanos en las Administraciones Públicas*, La Rioja, 1989, págs. 150 y ss.

**OLIVERA MASSÓ, P.;** “La revisión jurisdiccional de los concursos y oposiciones para el personal laboral al servicio de la Administración Pública. ¿Jurisdicción contencioso administrativa o social?, *Relaciones Laborales*, I/1991, págs. 293 y ss.

**OLMEDO GAYA, A.;** “Derechos de contenido funcional, laboral y social”, AA.VV. (Castillo Blanco, dir.): *Lecciones de Función Pública*, CEMCI, 2002, pág. 267 a 290.

**OLMEDO GAYA, A. y ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, P.;** “El concepto de funcionario público y clases de personal al servicio del sector público”, AA.VV. (Castillo Blanco, dir.): *Lecciones de Función Pública*, CEMCI, 2002, págs. 117 a 168.

**ORTEGA, L.;** *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Tecnos, 1983.

- “Reflexiones en torno a una revisión de los planteamientos generales de la relación de empleo público”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 26, 1980, págs. 423 a 432.

**PALOMAR OLMEDA, A.;** “Derechos y deberes de los funcionarios”, AA.VV. (Rodríguez- Arana Muñoz, dir. y Calvo Charro, coord.): *La Administración Pública española*, INAP, 2002, págs. 870 y ss.

- *Derecho de la Función Pública. Régimen jurídico de los funcionarios*

públicos, Dykinson, 6ª ed. 2001.

- "Consideraciones generales sobre el sometimiento al derecho privado de la actividad de la Administración", *Revista Internacional de Ciencias de la Administración*, Vol. 57, nº 4, 1990, págs. 121 a 178.
- "La oferta de empleo público, la plantilla y la relación de puestos de trabajo", *AAVV: III Jornadas sobre la Administración Local en Canarias*, Gobierno de Canarias, 1999, págs. 391 a 428.
- *La planificación de los recursos humanos en el ámbito público*, Mc. Graw. Hill, 1997.
- "La noción comunitaria de empleo público y sus consecuencias en el ordenamiento interno", *Noticias de la Unión Europea*, nº 95, 1992, págs 101-106.
- "Incidencia de las nuevas reformas legislativas en la redefinición del Estatuto de los funcionarios públicos", *Revista de Administración Pública*, nº 134, 1994, págs. 381 a 423.
- "Políticas sectoriales: el personal al servicio de los entes instrumentales, Sanidad, Seguridad Social y personal docente", *Documentación Administrativa*, nº 243, 1995, págs. 209 a 245.

**PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.;** *Derecho del Trabajo e ideología. Medio siglo de formación ideológica del Derecho español del Trabajo, 1873-1923*, Akal, 1980.

- *Los derechos laborales en la Constitución Española*, CEC, 1991, págs. 15 a 19.
- "Validez del contrato", en *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo III, Edersa, 1985.
- *La nulidad parcial del contrato de trabajo*, Tecnos, 1975.

**PARADA VÁZQUEZ, R.;** *Derecho Administrativo. Organización y Empleo Público*, Marcial Pons, 5ª ed., 1991.

- "El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal", *Revista de Administración Pública*, nº 67, 1972, págs. 41-93.

**PARDELL VEÁ, A.;** "Falsos autónomos en la Administración Pública", *Revista de Derecho Social*, nº 13, 2001, págs. 165 a 181.

**PAREJO ALFONSO, L.;** "La eficacia como principio jurídico de la actuación de

la Administración Pública”, *Documentación Administrativa*, nº 218-219, 1989, págs. 15 a 65.

- “Administración y Función Pública”, *Documentación Administrativa*, nº 243, 1995, págs. 67 a 87.
- *Eficacia y Administración. Tres estudios*, MAP, 1995.

**PEDROSA ALQUÉZAR, S.;** “La aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos laborales a las Administraciones Públicas”, *Tribuna Social*, nº 90, 1998, págs. 13 a 24.

**PEMÁN GAVÍN, I.;** *El sistema sancionador español. Hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas*, Cedecs, 2000.

**PERONA MATA, C.;** “Reflexiones a propósito de la sentencia de la Audiencia Nacional sobre la revisión salarial de los empleados públicos”, *Revista de Derecho Social*, nº 13, 2001, págs. 211 a 230.

**PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.;** “El personal laboral de la Administración en el anteproyecto de Estatuto de la Función Pública”, *Tribuna Social*, nº 104 y 105, 1999, págs. 9 a 19.

**PEREZ MARTINEZ, V.;** “El personal laboral al servicio de la Administración y la laboralización de la Función Pública”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 234, 1987, págs. 255 a 287.

**PIÑAR MAÑAS, J. L.;** “El modelo de función pública como sistema complejo y abierto”, *Documentación Administrativa*, nº 243, 1995, págs. 5 a 20.

- “Reflexiones sobre la privatización de la empresa pública en España”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 84, 1987, págs. 553 a 573.
- “Las estructuras de participación y representación del personal al servicio de las Administraciones Públicas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 65, 1990, págs. 47 a 63.

**PRADOS DE REYES, F.;** “Las peculiaridades de la relación de trabajo en el empleo público”, *Actualidad Laboral*, nº 16, 1990, págs. 187 a 203.

**PRATS I CATALÁ, J.;** “Los fundamentos institucionales del sistema de merito: la obligada distinción entre Función Pública y Empleo Público”, *Documentación Administrativa*, nº 241 y 242, 1995, págs. 11 a 59.

- "Política, gestión y administración de recursos humanos en las Administraciones Públicas", *Documentación Administrativa*, nº 210 y 211, 1987, págs. 121 a 133.

**PRATS I CATALÁ, J. y COMPANY SANUS, J.;** "Régimen disciplinario laboral y funcional en las administraciones públicas", *Delitos de los Funcionarios Públicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 1994, págs. 29 a 56.

**PUERTA SEGUIDO, F.;** *La consolidación del empleo público precario*, Lex Nova, 2003.

**PULIDO QUECEDO, M.;** *El acceso a los cargos y funciones públicas, un estudio del Art. 23.2 de la Constitución*; Civitas, 1992.

**QUINTANA LÓPEZ, T. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.;** "Efectos de la anulación de los actos separables sobre la contratación laboral de las Administraciones Públicas", *Aranzadi Social*, 2001, Vol. VI, págs. 93 a 103.

**RAMÍO, C. y SALVADOR, M.;** "Repensando la Función Pública como Institución. Oportunidades y amenazas para su extensión a las realidades político-administrativas latinoamericanas", *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 65 (I), 2003, págs. 149 a 175.

**RENTERO JOVER, J.;** "Sobre la relación de empleo público laboral", *Revista de Derecho Social*, nº 11, 2000, págs. 85 a 102.

**RIVERO LAMAS, J.;** "El proceso de laboralización de la Función Pública: aspectos críticos y límites", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 6 y 7, 1965, págs. 79 a 133.

**RODRÍGUEZ CARBAJO, J.R.;** "Algunos aspectos de la negociación colectiva en la Función Pública", *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, nº 14, 2002, págs. 11 a 38.

**RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.;** "Flexibilidad en la Administración Pública: una necesidad inaplazable", *Revista de Trabajo y Seguridad Social, Estudios Financieros*, nº 20, 1997, págs. 3 a 40.

**RODRÍGUEZ LÓPEZ, P.;** *El acoso moral en el trabajo. La responsabilidad en el acoso moral en el trabajo*; Dijusa, 2004.

**RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.;** "Principio de igualdad, autonomía contractual y poderes empresariales", *Relaciones Laborales*, II/1991, págs. 28 a 33.

- “Trabajo, Función Pública y Constitución”, AA.VV: *Seminario sobre relaciones colectivas en la Función Pública*, La Rabida, 1989, págs. 15 a 28.
- “La negociación colectiva de los funcionarios públicos en la ley 9/1987”, *Relaciones Laborales*, II/1987, págs. 52 y ss.
- “Trabajo privado y trabajo público”, *Relaciones Laborales*, I/1989, págs. 42 a 48.
- “La voluntad de las partes en la calificación del contrato de trabajo”, *Relaciones Laborales*, II/1996, págs. 39 y ss.
- “Ley y negociación colectiva en la Función Pública”, *Relaciones Laborales*, nº 14, 1997, págs. 1 a 10.

**RODRÍGUEZ RAMOS, M. J.;** *El estatuto de los funcionarios públicos, su convergencia con el Estatuto de los Trabajadores*, Comares, 1997.

- “La funcionarización del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”, AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, Vol. I, MTAS, 2001, págs. 787 a 821.

**RODRIGUEZ RAMOS P. T.;** *El contrato de interinidad por vacante*, Tirant lo Blanch, 1996.

**RODRIGUEZ SAÑUDO, F.;** “Personal al servicio de las AAPP. Delimitación de la actividad laboral frente a la relación jurídico administrativa: criterios diferenciadores”, *Revista de Política Social*, nº 95, 1972,.

**ROMAGNOLI, U.;** *El Derecho, el trabajo y la historia*, CES, 1997.

**ROMERO RÓDENAS, M. J.;** *Relaciones laborales en el empleo público*, Ibidem, 1996.

- “Algunas particularidades del proceso de trabajo contra las Administraciones Públicas”, *Actualidad Laboral*, nº 25, 1998, págs. 493 a 508.

**ROQUETA BUJ, R.;** *La negociación colectiva en la función pública*, Tirant lo Blanch, 1996.

- “La negociación del incremento de las retribuciones de los funcionarios públicos (a propósito de la sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000)”, *Justicia Laboral*, nº 6, 2001, págs 39 a 74.
- “La negociación colectiva en el proyecto de Estatuto Básico de la Función

Pública", *Actualidad Laboral*, nº 33, 1998, págs. 613 a 635.

- "La repercusión de la descentralización de los servicios públicos locales en los derechos colectivos de los empleados públicos", *Relaciones Laborales*, nº 17, 1998, págs. 31 a 49.
- "La negociación colectiva en la Función Pública Local", AAVV: *III Jornadas sobre la Administración Local en Canarias*, Gobierno de Canarias, 1999, págs. 361 a 389.

**RUANO RODRÍGUEZ, L.;** *Constitución, función pública y empleo laboral*, Aranzadi, 1998.

**SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.;** *Política gubernamental y negociación colectiva en un contexto de crisis económica*. I.E.S., MTSS, Madrid 1980.

**SALA ARQUER, J. M.;** "Las conexiones entre el Derecho Administrativo y el Derecho del Trabajo", AA.VV. (Abdón Pedrajas Moreno, Dir.): *Puntos críticos interdisciplinarios en las relaciones laborales*, Lex Nova, 2000, págs. 183 a 187.

**SALA FRANCO, T.;** *La libertad sindical y los empleados públicos (Un estudio del derecho italiano)*, Universidad de Sevilla, 1972 .

- *Incidencia de la norma laboral en el marco de la Función Pública*, MAP, 1989.
- "La contratación temporal en la Administración Pública", *Poder Judicial*, nº 3, 1986, págs.159 a167.
- "Las exigencias legales para una lícita sucesión de empresa", *Poder Judicial*, nº 14, 1989, págs. 233 a 241.
- "El debate sobre las políticas de flexibilidad laboral y el Derecho del Trabajo", AA.VV.: *La flexibilidad laboral en España*, IRL, 1993, págs. 39 a 49.
- "Las relaciones laborales en las administraciones públicas", AAVV: *Las relaciones laborales en las administraciones públicas*, MTAS, 2000, vol. I, 29 a 41.
- "Conflictos laborales en las Administraciones Públicas y jurisdicción competente", *Actualidad Laboral*, nº 5, 2000, págs. 63 a 68.

**SALA FRANCO, T., BLASCO PELLICER, A. y ALTÉS TÁRREGA, J. A.;** *La negociación colectiva en el empleo público*, MTAS, 2001

**SALA FRANCO, T. y GOERLICH PESET, J. M.;** “La huelga de los funcionarios públicos”, *Relaciones Laborales* I/1985, págs. 493 a 507.

- “La sucesión de empresa en la Administración Pública”, *Poder Judicial*, nº 8, 1987, págs. 175 a 179.

**SALA FRANCO, T. y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.;** “La carrera profesional del personal laboral de la Administración Pública”, *Documentación Administrativa*, nº 210-211, 1987, págs. 173 a 190.

- “La negociación colectiva del personal laboral al servicio del sector público”, *Relaciones Laborales*, I/1985, págs. 269 a 342.

**SALA FRANCO, T. y ROQUETA BUJ, R.;** *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Tirant lo Blanch, 1995.

**SÁNCHEZ DÍAZ, J. L.;** “Modificaciones en la relación laboral del personal al servicio de las Administraciones Públicas”, *Poder Judicial*, nº 45, 1997, págs. 445 a 477.

**SÁNCHEZ ICART, J.;** “Contratación laboral por la Administración: Consecuencias jurídicas del incumplimiento de la normativa aplicable”, *Relaciones Laborales*, nº 14, 1994, págs. 35 a 53.

**SÁNCHEZ MORÓN, M.;** *Derecho de la Función Pública*, Tecnos 4ª ed., 2004.

- “Sobre la reforma administrativa italiana del periodo de transición con especial referencia a la organización administrativa y al empleo público”, *Revista de Administración Pública*, nº 134, 1994, págs. 471 a 489.
- “Marco jurídico y competencial del personal al servicio de las Administraciones Públicas”, AA.VV.: *Situación actual y tendencias de la Función Pública española*, Comares, 1998, págs. 61 a 79.
- “Notas sobre la función administrativa en la Constitución española de 1978”, AAVV: *La Constitución española de 1978*, Civitas, 1980.

**SÁNCHEZ PEGO, F. J.;** “Administratividad y tratamiento jurisdiccional de las denominadas relaciones estatutarias”, *Relaciones Laborales*, nº 13, 1994, págs. 8 a 18.

- “Cuestiones derivadas del contrato de trabajo. Referencia al personal de la Administración Pública y de grandes empresas”, *Poder Judicial*, nº especial XIV, 1990, págs. 33 a 59.

**SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.;** “La adaptación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales al ámbito de los establecimientos militares y el RD 1932/1998, de 11 de septiembre”, *Aranzadi Social*, Vol. V, 1999, págs. 439 a 464.

**SANTAMARÍA PASTOR, J.A.;** “Sobre la personalidad jurídica de las Cortes Generales. Problemas de las organizaciones estatales no administrativas”, *Revista de Derecho Político*, nº 9 1981, págs. 7 a 20.

**SANZ RUBIALES, I.;** “La resolución del contrato de trabajo celebrado por una Administración Pública como consecuencia de la anulación de las pruebas selectivas previas en vía contencioso-administrativa”, *Poder Judicial*, nº 37, págs. 405 a 415.

**SEMPERE NAVARRO, A. V. y QUINTANILLA NAVARRO, R. Y.;** “La contratación laboral en las Administraciones Públicas”, *Cuadernos de Aranzadi Social*, nº 17, 2003.

**SENÉS MOTILLA, C.;** *Las cuestiones prejudiciales en el sistema procesal español*, Mc. Graw Hill, 1996.

**SENRA BIEDMA, R.;** “Las vicisitudes de la ordenación legal de la prestación de actividad personal por cuenta de la Administración Pública. Su incidencia en la duración y extinción de los contratos laborales”, *Comunicación a las Jornadas sobre “Aspectos prácticos del despido tras la reforma”*, Albacete, abril 1995.

**SERRANO MARTÍNEZ, J. E.;** “En torno a STS y STCT sobre la prestación de servicios por profesores de Colegios Universitarios”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 1, 1980, págs. 101-121.

**SOLANA PÉREZ, A.;** “La carrera administrativa de los funcionarios públicos”, AA.VV.: (Castillo Blanco, F., Dir) *Lecciones de Función Pública*, CEMCI, 2003, págs. 455 y 456.

- *Aplicación y control judicial del complemento específico en la retribución de los funcionarios públicos*, CEMCI, 2000.

**SOLAS RAFECAS, J. M.;** *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*, Tecnos, 1990.

**SOMALO GIMÉNEZ, J. A.;** “Administración Pública: contrato para obra o servicio determinado cuyo objeto es la suplencia de vacante. Irregularidad meramente formal. No fijeza. Sentencia de 28 de diciembre de 1995”, AA.VV.: *El pensamiento jurídico de Rafael Martínez Emperador*, CGPJ, 1997, págs. 110 a 136.

**SUÁREZ GONZALEZ, F.;** *Las nuevas relaciones laborales y la Ley del Estatuto*



de los Trabajadores, Círculo de Empresarios, Pirámides, 1980.

**SUAY RINCÓN, J.;** “La reforma de la Administración Pública su impacto sobre la burocracia”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 56, 1987, págs. 511-528.

**SUBIRATS, J.** *Análisis de políticas públicas y eficacia de la Administración*, MAP, 1989,

**SUPIOT, A.;** “El trabajo y la oposición público-privado”. *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 115, nº 6, 1996, págs. 709 a 720.

**TOMÁS Y VALIENTE, F.;** “Legislación liberal y legislación absolutista sobre funcionarios y sobre oficios públicos enajenados”; *Actas del IV symposium de Historia de la Administración*, Colección Estudios de Historia de la Administración, 1983, págs. 703 a 722.

- “Las ventas de oficios de Regidores y la formación de oligarquías urbanas en Castilla, siglos XVII y XVIII”, *Obras Completas*, vol. IV, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, págs. 2343 y 2344.

**TUDELA CAMBRONERO, G.;** “La prevención de riesgos laborales en el Acuerdo Administración-Sindicatos para 2003-2004, de modernización y mejora de la Administración Pública”. *Revista Electrónica IUSTEL*, 2003.

**TUDELA CAMBRONERO, G. y VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.;** *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y normativa de desarrollo, Disposición Adicional Tercera*, COLEX, 2002.

**TUSELL GÓMEZ, J.;** *La reforma de la Administración local en España (1900-1936)*, IEA, 1973.

**VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.;** *Antisindicalidad y relaciones de trabajo. (Un estudio de la conducta antisindical en la empresa)*. Cívitas, 1994.

**VALDÉS DAL RÉ, F.;** “Los derechos de participación en materia de prevención de riesgos laborales y su adaptación reglamentaria en la Administración General del Estado”, *Relaciones Laborales*, nº 14, 1999, págs. 15-25.

- “Servicios esenciales y servicios mínimos en la función Pública”, *Relaciones Laborales I*, 1986, págs. 8 y ss.

**VALLE MUÑOZ, F. A.;** “La organización y gestión de la prevención de riesgos en las Administraciones Públicas”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 99, 2000, págs. 57 a 81.

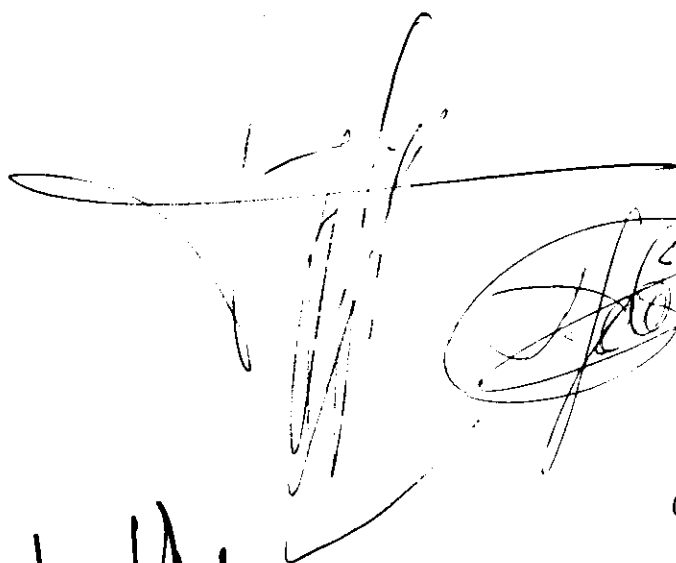
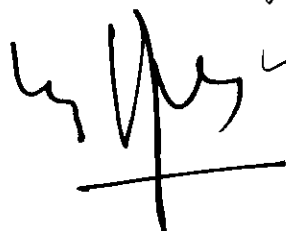
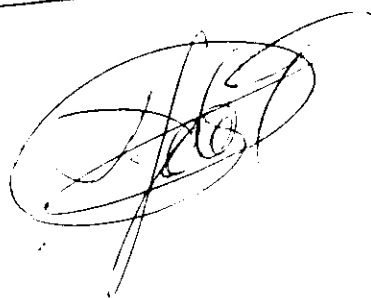
**VELASCO PORTERO, M. T.;** “La Guardia Civil y el Derecho de libertad sindical”. AA.VV.: *Las relaciones laborales en las AAPP*, Vol. II., XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTAS, 2001, págs. 231 a 150.

**VILLORIA MENDIETA, M. y DEL PINO MATUTE, E.;** *Manual de gestión de recursos humanos en las Administraciones Públicas*, Madrid, Tecnos, 1997.

Reunido el Tribunal que suscribe en el día  
de la fecha, acordó conceder a la presente  
Tesis Doctoral la calificación de:

Sobresaliente cum laude

Madrid: 27. 07. 04

A large, stylized handwritten signature, possibly reading 'Luis', with a horizontal line crossing through it.A handwritten signature, possibly 'Luis', with a horizontal line below it.A handwritten signature, possibly 'Luis', enclosed in an oval.

dojeda

Prof. Luis Gómez